

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

**AS RESPONSABILIDADES CIVIL E AMBIENTAL DO MUNICÍPIO POR SUA
CONDUTA OMISSIVA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE
ESGOTAMENTO SANITÁRIO**

RAFAEL DE SOUZA GIASSI

FLORIANÓPOLIS - SC

2014

RAFAEL DE SOUZA GIASI

**AS RESPONSABILIDADES CIVIL E AMBIENTAL DO MUNICÍPIO POR SUA
CONDUTA OMISSIVA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE
ESGOTAMENTO SANITÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina -
UFSC, como requisito à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. José Isaac
Pilati.

FLORIANÓPOLIS - SC

2014



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**As Responsabilidades Civil e Ambiental do Município por sua conduta omissiva na prestação do Serviço Público de Esgotamento Sanitário**”, elaborada pelo acadêmico **Rafael de Souza Giassi**, defendida em 03/07/2014 e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 03 de Julho de 2014.

José Isaac Pilati
Professor (a) Orientador (a)

Marcelo Buzaglo Dantas
Membro da Banca

Mikhail Cancellier
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Este singelo trabalho não teria saído do mundo das ideias se não fosse a contribuição essencial que recebi de algumas pessoas ao longo de sua elaboração.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Vanderlei Giassi e Bernadete de Souza Giassi, por serem a razão da minha existência, por nunca deixarem de acreditar na minha pessoa e por sempre me apoiarem nos momentos mais difíceis da minha vida e, não menos importante, me apresentarem o local que me inspirou e me incentivou a escrever a síntese desse trabalho: o Farol de Santa Marta, em Laguna/SC, local que declaro imensamente minha paixão, no qual encontro meus dias de paz e a renovação de minhas energias, e que, no entanto, afora a sua beleza natural incomparável, sofre do problema abordado neste trabalho. A ambos, pai e mãe, deixo aqui meu amor em forma de palavras.

Agradeço à minha irmã, Karina de Souza Giassi, pela profunda orientação pessoal e profissional que me forneceu ao longo da vida, principalmente durante os últimos anos e durante a confecção deste trabalho, como também pelos momentos de alegria, angústia e tristeza que compartilhamos até hoje. Deus me abençoou ao colocar ao lado da minha vida uma pessoa de valor inestimável e que, se não fosse por ela, eu jamais estaria no lugar onde hoje me encontro.

Ao meu irmão gêmeo, Gustavo de Souza Giassi, pela convivência e contribuição em cada dia durante as nossas vidas, como também por compartilhar a sua alegria e disposição.

Ao meu Professor Dr. Orientador, José Isaac Pilati, pela admiração que tenho por ele, desde os tempos das aulas que lecionou para a minha turma sobre a disciplina de Direito Civil – Direito das Coisas, pelo qual não me restaram dúvidas em escolhê-lo como orientador deste trabalho, sem deixar de agradecer-lo pela orientação e críticas realizadas ao longo da pesquisa.

Aos amigos e advogados Fabrycio da Silva Raupp, Fernando Dauwe e Klaus Raupp, pela convivência, amizade e, principalmente, pelo aprendizado que me repassaram durante três anos da minha vida na área da advocacia, trabalhando ao lado dos mesmos. A experiência recebida me serviu de base para continuar trilhando os caminhos da carreira jurídica, pela qual irei carregá-la ao longo da minha trajetória, independente do caminho escolhido.

Ao Professor Dr. e advogado, Marcelo Buzaglo Dantas, que, apesar do pouco tempo de convívio e trabalho ao seu lado, demonstrou ser uma de pessoa extremamente respeitosa e de profunda inteligência, ao qual adquiriu a minha admiração, tanto por essas qualidades quanto pelo conhecimento aprofundado que possui na área de Direito Ambiental.

Ao meu professor de Processo Civil I, advogado e amigo, Fábio Kunz da Silveira, pela amizade iniciada ao longo do curso e que perdura até hoje, pelos conselhos jurídicos, pessoais e profissionais que me repassou e vem me repassando desde então, se tornando um grande amigo meu, além do excelente professor e profissional que demonstra ser.

Ao meu amigo, colega de classe e trabalho, Douglas Jurek, pelos momentos vividos como colega de estudo e trabalho nos últimos cinco anos, como também aos meus amigos e colegas de classe Alisson Julian Rhenns, Jordan Alex Pan, Daniel Salomon Guimarães, Lucas Ritzmann Engel, Matheus Della Giustina Perin, Gustavo Dal Toé Novelli, Igor Luis Kretzer Prats, e Geovani Ambrósio Vasconcellos, pela amizade, risadas e momentos vividos nesses últimos cinco anos, momentos que irei guardar para sempre na minha vida. Também agradeço às minhas colegas de turma, pelo carisma e pelo carinho que me acolheram ao longo desses anos juntos, e, principalmente, pela força que me deram durante a primeira fase do curso.

Agradeço, da mesma forma, aos amigos que já considero como irmãos, Vilson Furlanetto Junior e Ana Paula Souza pelo carinho, amizade e atenção que sempre me deram desde que os conheci.

Também agradeço ao Professor Dr. Rafael Peteffi da Silva, por ter colaborado na elaboração do segundo capítulo deste trabalho, como também à minha prima, Denise Espíndola Sachet, por ter contribuído na elaboração do terceiro capítulo.

Aos meus professores da graduação do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial os professores Eduardo Mello de Souza e Ubaldo Cesar Balthazar, além dos já anteriormente mencionados, pelo aprendizado e contribuição para a minha formação jurídica durante esses cinco anos, sem contar a atenção dada e os momentos alegres vividos ao longo do curso.

Por fim, e não menos importante, agradeço a Deus por iluminar o meu caminho e continuar escrevendo certo por linhas tortas, como fez durante a trajetória da minha vida.

*“Veja, não diga que a canção está perdida,
Tenha fé em Deus, tenha fé na vida,
Tente outra vez!
Tente, e não diga que a vitória está perdida,
Se é de batalhas que se vive a vida,
Tente outra vez!”*

Raul Santos Seixas

RESUMO

GIASSI, Rafael de Souza. *As Responsabilidades Civil e Ambiental do Município por sua conduta omissiva na prestação do Serviço Público de Esgotamento Sanitário*. 2014. X f. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2014.

A presente monografia possui como objetivo primário verificar a falta ou ineficiência na prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário e, com base nesse fato, imputar ao município as responsabilidades ambiental e civil pelos danos ambientais e individuais sofridos pelos particulares, demonstrando que a conduta omissiva do ente municipal é condição essencial para a ocorrência de tais danos. A preocupação do autor também se volta com o grande descaso que os municípios brasileiros têm em relação aos serviços de saneamento básico, e os problemas advindos dessa omissão, a qual acaba por mitigar direitos subjetivos fundamentais (o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a saúde humana), além de deveres infraconstitucionais que o obrigam o Poder Público Municipal a prestar, diretamente ou indiretamente, o serviço público de esgotamento sanitário, principalmente por sua condição de titular do serviço de saneamento básico. Ademais, como objetivo secundário do presente trabalho, cabe frisar a finalidade primordialmente preventiva da adequada prestação do serviço público de esgotamento sanitário executado pelo município, que, além de recuperar o meio ambiente natural degradado e indenizar eventuais prejuízos sofridos pelos particulares, tem o condão de evitar futuras patologias, garantindo direitos fundamentais constitucionalmente previstos, quais sejam, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a saúde humana, para que as presentes e futuras gerações possam usufruí-los de forma adequada. Cumpre salientar que a pesquisa foi elaborada a partir de doutrina, jurisprudência e legislação vigente, inclusive, com a amostragem de dados referentes à situação do saneamento básico no Brasil, e a demonstração de um caso paradigma de um município catarinense, evidenciando, além da importância, a atenção devida que o tema merece.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil Ambiental; Responsabilidade Civil do Estado por Omissão; Serviço Público de Esgotamento Sanitário; Saneamento Básico; Município; Direitos Subjetivos Fundamentais; Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; Saúde Pública; Dano Ambiental; Dano Individual; Deveres Constitucionais; Deveres Infraconstitucionais.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEUB – Constituição dos Estados Unidos do Brasil

CNUMAD - Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

PNMA – Política Nacional do Meio Ambiente

MC - Medida Cautelar

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TCE/SC – Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

TJ/SC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITOS, ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, PRINCÍPIOS, SUJEITO RESPONSÁVEL E OS PRESSUPOSTOS APLICADOS.....	16
1.1 CONCEITOS, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO	16
1.2 OS PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	22
1.2.1 Princípio da Prevenção	23
1.2.2 Princípio da Precaução	25
1.2.3 Princípio do Poluidor-Pagador	26
1.2.4 Princípio da Reparação Integral	27
1.3 O SUJEITO RESPONSÁVEL	29
1.4 OS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	31
1.4.1 Conduta poluidora	33
1.4.2 Nexo de causalidade	35
1.4.3 Dano ambiental.....	39
1.5 AS PECULIARIDADES DO DANO AMBIENTAL.....	42
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: DO CONCEITO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL À RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO SOB OS ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO.....	45
2.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL.....	45
2.1.1 Conceito.....	45
2.1.2 Evolução histórica e principais teorias	46
2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO.....	52
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	55
2.3.1 Responsabilidade civil do Estado por omissão sob o aspecto objetivo.....	56
2.3.2 Responsabilidade civil do Estado por omissão sob o aspecto subjetivo	62
2.3.3 Excludentes da responsabilidade do Estado e o ônus da prova.....	66

3 OS FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E AMBIENTAL DO MUNICÍPIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E O SEU ENQUADRAMENTO	70
3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO E OS DEVERES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO MUNICÍPIO	71
3.1.1 Direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde	71
3.1.2 Titularidade do serviço público de saneamento básico e os deveres do titular	76
3.1.3 Dever de prestação do serviço de esgotamento sanitário e a execução pelo titular	80
3.2 A DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO E A SOLIDARIEDADE PELOS DANOS CAUSADOS	83
3.2.1 Delegação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico e a tríplice fiscalização efetuada pelos entes municipais, agências reguladoras e órgãos ambientais	83
3.2.2 Solidariedade entre o titular e o concessionário do serviço de esgotamento sanitário....	89
3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO	92
3.3.1 Discrecionabilidade do ato e o princípio da separação de poderes	93
3.3.2 Ato político e a implementação de políticas públicas	95
3.3.3. Fundamentos para a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos.....	97
3.3.4 Reserva do Possível Orçamentário como obstáculo à reparação dos danos	102
3.4 O ENQUADRAMENTO DO MUNICÍPIO COMO RESPONSÁVEL PELOS DANOS AMBIENTAIS E INDIVIDUAIS E O CASO PARADIGMA DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ.....	104
3.4.1 Enquadramento do município como responsável pelos danos ambientais.....	105
3.4.2 Enquadramento do município como responsável pelos danos individuais	110
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS	120
ANEXO ÚNICO – RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ.....	132

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo primordial verificar a falta ou ineficiência na prestação do serviço público de coleta e esgotamento sanitário e, a partir dessa premissa, com base em um estudo detalhado, imputar o município como o ente responsável pelos danos ambientais e individuais causados por uma série de fatores, mas considerando a omissão do ente municipal como condição relevante para a configuração dos referidos danos.

Importa dizer que os danos ocorridos não são causados por uma única fonte poluidora, e sim, várias. Por conta disso, o presente trabalho focará apenas na responsabilidade civil e ambiental do município, demonstrando os fundamentos que o levam a ser um dos responsáveis, impossibilitando-o de se eximir de reparar os danos ambientais ocasionados, como também de indenizar os eventuais prejuízos que os administrados sofrerem, por via reflexa, dos danos ambientais.

Tal estudo também possui como objetivo secundário aferir a importância que possui o saneamento básico (mais especificamente, a adequada prestação do serviço de esgotamento sanitário) para a sociedade como um todo, principalmente pelo caráter eminentemente preventivo que guarda consigo, visando a efetivação de dois direitos subjetivos fundamentais previstos constitucionalmente, quais sejam: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, disposto no *caput* do artigo 225; e o direito à saúde humana, estampado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Vale destacar que a inspiração buscada pelo autor para a elaboração do presente trabalho tem origem na Prainha do Farol de Santa Marta, localizada no Município de Laguna, em Santa Catarina. O autor, há mais de 20 anos veraneando no local, percebeu que a referida praia sofre do problema abordado neste trabalho (um esgoto a céu aberto atravessando a praia e adentrando no mar), problema este que persiste até os dias de hoje, o que o fez aprofundar os estudos, que estão resumidos no presente trabalho, com a finalidade de iniciar a busca por possíveis soluções para o problema enfrentado.

Ademais, na parte final do presente trabalho foi colacionado, como documento anexo, um Relatório de Auditoria Operacional elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina referente à situação do esgotamento sanitário do Município de Balneário Camboriú, município de Santa Catarina. Esse documento serve apenas para explanar, como exemplo prático, o estudo teórico desenvolvido pelo autor, através de dados técnicos e científicos.

O presente estudo também serve para demonstrar a importância da temática sanitária do País, questão fundamental para o desenvolvimento e bem estar social das pessoas e, ao mesmo tempo, deixada de lado pelos poderes públicos, em especial, o municipal, conforme os dados colacionados ao longo do terceiro capítulo. Por conta dessa situação, a questão ambiental-sanitária merece atenção urgente, principalmente para deixar como legado às futuras gerações um meio ambiente equilibrado e sadio.

Para tanto, no Capítulo 1, será abordada, de uma forma geral, a responsabilidade civil ambiental no Direito Brasileiro. Serão definidos os conceitos do instituto, como, por exemplo, os conceitos da responsabilidade, do ato ilícito e da culpa; A origem dos termos, como o conceito de culpa, proveniente da *Lex Aquila* e do Código de Napoleão; Também será feita uma breve passagem histórica sobre a responsabilidade civil no Direito Brasileiro, e a sua natureza, evoluindo da responsabilidade subjetiva, baseada na teoria da culpa, para a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, até chegar à responsabilidade civil ambiental esculpida no artigo 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981, e, à frente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estampado em seu artigo 225, § 3º.

Serão também expostos os princípios relacionados à responsabilidade civil ambiental: os Princípios da Prevenção e da Precaução, ambos possuindo um caráter eminentemente preventivo; o Princípio do Poluidor-Pagador, e a internalização dos custos sociais e das externalidades negativas; e o Princípio da Reparação Integral, como a sua finalidade reparatória.

Ainda, no mesmo capítulo, serão verificados os sujeitos responsáveis, mais precisamente o conceito de poluidor indireto, disposto na Lei n. 6.938/1981, como também a solidariedade dos responsáveis (diretos e indiretos) pelos danos ambientais causados. À frente, ganham relevância os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil ambiental, os quais não são consenso na doutrina e na jurisprudência. Por tal motivo, será verificado o critério adotado pelo autor, delimitando como pressupostos: a conduta poluidora; o nexo de causalidade, fazendo uma breve passagem pelas teorias aplicadas, bem como pela tendência atual que ganha a inversão do ônus da prova, nos casos ambientais; e por, fim, o dano ambiental, conceito que não possui expressão legal e que advém da violação do meio ambiente considerado macro-bem (conjunto de micro-bens ambientais). Também serão expostos os conceitos de dano ambiental coletivo e dano ambiental futuro. Finalizando o primeiro capítulo, serão analisadas algumas características peculiares do dano ambiental, diferenciando-o do dano tradicional.

O Capítulo 2 trata da responsabilidade civil do Estado por omissão. Referido capítulo merece importância por duas questões: a primeira, pelo fato do município ser um ente autônomo, definido constitucionalmente como tanto e, por isso, necessitando de prerrogativas específicas para ser responsabilizado, consubstanciadas na responsabilidade civil do Estado. A segunda questão importante é que a finalidade da responsabilidade civil estatal se consubstancia em indenizar o administrado que sofrer um dano por conta de uma conduta (no caso, omissiva) do Estado. Nesse caso, será verificado que a omissão do município, concorrendo para a perpetração de um dano ambiental, poderá, por via reflexa, causar um dano individual ao particular, surgindo a pretensão do administrado para obter o seu ressarcimento.

Em vista disso, será feita uma breve exposição dos conceitos referentes ao tema da responsabilidade civil do Estado por omissão, como também será explanada a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, dando ênfase às principais teorias: a teoria da irresponsabilidade do Estado; as teorias civilistas; e as teorias publicistas - a teoria da falta do serviço (culpa do serviço ou culpa anônima) e as teorias do risco (risco administrativo e risco integral).

Adiante, será verificado quais dessas teorias foram aplicadas na legislação brasileira ao longo de sua história, resultando no atual conceito do artigo 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Adentrando-se na responsabilidade civil do Estado por omissão, serão analisadas as teorias doutrinárias aceitas atualmente: a responsabilidade civil do Estado por omissão de natureza objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, com fulcro no artigo 37, § 6º, bem como os pressupostos para a sua configuração; e a responsabilidade civil do Estado por omissão de natureza subjetiva, baseada na teoria da falta (ou culpa) do serviço, construção doutrinária que não possui expressão legal. Tal responsabilidade, ainda sofre uma pequena divisão com relação ao alcance do conceito “omissão”. Da mesma forma que a responsabilidade objetiva, será oportunizado espaço para a verificação dos pressupostos que ensejam a responsabilização do município, incluído o requisito da culpa, sofrendo divisão, também, quanto ao seu conceito.

Cumprido salientar que, tanto no aspecto objetivo, quanto subjetivo, a responsabilidade civil do Estado (no caso, o município) por omissão não possui consenso na doutrina e na jurisprudência, tanto em relação às teorias adotadas quando em relação aos conceitos e pressupostos, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Por fim, completando o segundo capítulo, serão abordadas as excludentes da responsabilidade civil do Estado e a sua aplicação tanto na responsabilidade objetiva quando na responsabilidade subjetiva. Ademais, será também analisada a questão da inversão do ônus da prova e a sua aplicabilidade na responsabilidade civil estatal por omissão.

O terceiro e último capítulo trará os aspectos que fundamentam a responsabilidade civil e ambiental do município em virtude da falta ou ineficiência na prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário.

Assim sendo, o capítulo inicia com uma exposição dos direitos subjetivos fundamentais – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à saúde humana, expostos nos artigos 225 e 196 da CRFB/1988, a inter-relação entre ambos os direitos e a relação dos mesmos com o município, considerados deveres subjetivos prestacionais os quais o Estado não pode tomar a liberdade de se abster de efetivá-los.

Seguindo em frente, será analisado o ente que detém a titularidade do serviço público de saneamento básico, exposta na Lei n. 11.445/2007, com base em uma interpretação constitucional, já que permanece indefinido legalmente quem é o titular. Ademais, serão abordados alguns dos direitos do titular dos serviços de saneamento básico.

Ainda, será dada atenção ao dever de prestação do serviço público de coleta e esgotamento sanitário pelo município, como também a possibilidade da delegação da prestação do seu serviço para terceiros.

Nesse ínterim, serão analisadas as formas de prestação de serviço (pelo próprio município, mediante seus órgãos ou instituição de uma autarquia; ou por terceiro a quem foi delegada a prestação do serviço) e os deveres do município, ainda que o próprio município tenha delegado a prestação dos serviços, levando em consideração que o mesmo permanece na condição de titular.

Ademais, no caso de delegação, é importante fazer uma breve exposição sobre os deveres do município como titular e como ente fiscalizador, diferenciando dos deveres fiscalizatórios que possui a pessoa encarregada pela regulação e fiscalização do serviço prestado (por terceiro ou pelo próprio município). Nesse aspecto, cabe fazer uma análise sobre a obrigatoriedade de instituição de uma agência reguladora (ou delegação do serviço de regulação para uma já existente) para exercer as funções regulatórias e fiscalizatórias, quando o próprio município não exercê-las. Também é importante mencionar os deveres exercidos pelo ente municipal como fiscalizador, os deveres fiscalizatórios da agência reguladora e os

deveres de fiscalização exercidos pelos órgãos ambientais, residindo a diferença na sua finalidade e no objeto fiscalizado. Por fim, serão verificadas as espécies de responsabilidade aplicadas ao titular e ao terceiro prestador do serviço, quais sejam: a responsabilidade solidária e a responsabilidade subsidiária do titular pelos danos causados. Nesse aspecto, a doutrina e a jurisprudência são divergentes, havendo parte da doutrina e da jurisprudência que entende ser solidária e outra parcela que defende que tal responsabilidade do titular – o município - é subsidiária em relação ao terceiro prestador do serviço, quando há a ocorrência de danos ambientais.

Chegando à retal final, será feita uma pequena exposição sobre o controle jurisdicional para a implementação da prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário. Isso por que muitos autores entendem que se trata de um ato administrativo discricionário, não podendo o Judiciário adentrar no mérito do ato para responsabilizar o município pela omissão que condiciona a causação dos danos ambientais e individuais.

Por conta disso, é necessário tecer os motivos que demonstram o aspecto vinculativo do ato e, ainda que haja o entendimento de que se trate realmente de um ato discricionário, da mesma forma é possível a interferência do Judiciário para obrigar o município a reparar e indenizar os danos verificados. Nessa linha, também será analisada a alegação, por parte da doutrina, da prestação dos serviços como implementação de políticas públicas, considerando-as como ato político, e, portanto, impassível de interferência judicial. A ponto de ilidir esse argumento, o autor fará a exposição dos motivos para não justificá-lo como ato político e, ainda que seja considerado o mesmo como ato político, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário.

Ainda nesse aspecto, serão demonstrados os fundamentos para o Poder Judiciário intervir nos atos administrativos do Poder Executivo (o município), como também será averiguada a alegação da Reserva do Possível Orçamentário utilizada pelos municípios como obstáculo à responsabilização do mesmo no caso de prejuízos advindos de sua conduta omissiva (falta ou ineficiência na prestação do serviço público de esgotamento sanitário).

Finalizando o Capítulo 3, será verificado o enquadramento do município como responsável sob dois aspectos:

O primeiro deles, sobre os danos ambientais causados decorrentes da sua conduta omissiva, qual seja, a não prestação ou a ineficiência na prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, relacionando os pressupostos que o tornam responsável

para reparar os danos verificados no meio ambiente, considerado no seu sentido de macrobem.

O segundo será referente aos danos individuais sofridos pelos administrados, via reflexa, originados do dano ambiental constatado, em que o município concorre para a consecução. Nesse aspecto, averiguados os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil do município decorrente de sua omissão, nasce a pretensão do particular para obter a devida indenização pelos danos individuais sofridos.

Em ambos os casos, serão feitas remissões ao longo do texto para justificar o correto enquadramento do município como responsável, tanto quanto aos danos ambientais, como aos danos individuais sofridos pelos administrados.

Ao mesmo tempo em que se verifica o enquadramento, e encerrando o presente trabalho, será demonstrado o exemplo de um município catarinense (o Município de Balneário Camboriú) e a prestação do serviço de esgotamento sanitário que ocorre em seu território, como já mencionado, verificando os dados relacionados ao mesmo e os deveres do município, por meio de um Relatório de Auditoria Operacional, elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, evidenciando a responsabilidade civil e ambiental dos municípios pela omissão na prestação, direta ou indireta, dos serviços de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, expostos ao longo deste trabalho.

O método de abordagem da pesquisa utilizado foi o dedutivo, com o uso do chamado silogismo lógico, não se tratando de um estudo de caso, apesar de encontrar, ao longo do trabalho, características que o identificariam como tal. A escolha deste método se deu em razão de o estudo partir de temas gerais da Responsabilidade Civil (Ambiental e do Estado) e do Direito Ambiental para pontos específicos e particulares do tema proposto, que é o esgotamento sanitário, serviço primordial que pertence ao saneamento básico. O método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa foi a investigação bibliográfica e documental.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITOS, ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, PRINCÍPIOS, SUJEITO RESPONSÁVEL E OS PRESSUPOSTOS APLICADOS

A preocupação do ser humano com a proteção do meio ambiente é um tema recente discutido na sociedade. Pressuposto essencial à qualidade de vida, o meio ambiente ganhou *status* constitucional no direito brasileiro, tamanha a sua importância. O conceito estampado no *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra o seu recente valor atribuído. Tanto é assim que o § 3º do mesmo artigo trata de responsabilizar, nas esferas civil, penal e administrativa, a pessoa que causar algum tipo de lesão ao meio ambiente.

Neste primeiro capítulo, será abordada a responsabilidade civil do agente causador de danos ao meio ambiente, iniciando-se com o conceito do instituto, passando-se pelo seu surgimento, evolução, princípios, sujeito responsável e finalizando com os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil ambiental.

1.1 CONCEITOS, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

A ordem jurídica possui como um de seus principais objetivos a proteção do lícito e a repressão do ilícito. Para atingir essa consecução, são estabelecidos deveres, que podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. “Entende-se, assim, por dever jurídico, a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social” (CAVALIERI, 2012, p. 2).

De acordo com Arnaldo Rizzardo (2007, p. 29) “o ato jurídico submete-se à ordem constituída e respeita o direito alheio, ao passo que o ato ilícito é lesivo ao direito de outrem. Daí que se impõe a obrigatoriedade da reparação àquele que, transgredindo a norma, causa dano a terceiro”. Há, dessa forma, um *dever jurídico originário* cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*¹, que é o de indenizar o prejuízo. Assim nasce o conceito de

¹ Rui Stoco sintetiza que a obrigação original constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente. (STOCO, 2011, p. 133).

responsabilidade civil. “Responsabilidade Civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Nos primórdios da humanidade, durante as fases da vingança privada² e da composição³ ainda não estava bem delimitada a forma da responsabilidade e o conceito de ilicitude. Violador do dever jurídico originário, o ato ilícito comporta dois aspectos: um objetivo e um subjetivo. No aspecto *objetivo*, o ato ilícito significa uma “conduta violadora de um dever jurídico” (CAVALIERI, 2012, p. 10). Já em seu aspecto *subjetivo*, implica um juízo de valor a respeito da conduta do sujeito causador do dano – esse juízo de valor, a culpa, teve sua origem remota na *Lex Aquilia*⁴ do Direito Romano, através da *teoria da culpa*, somente se consagrando com o advento do Código Napoleão⁵, no Direito Francês.

Nascia, assim, a teoria subjetiva da responsabilidade civil, que se filiou o Código Civil Brasileiro de 1916⁶, inclinando-se ao reconhecimento do dever de indenizar mediante manifestação da culpa, seja ela no sentido *lato* (dolo) ou *strictu sensu* (imprudência, negligência e imperícia).

Nas palavras de Rui Stoco (2011, p. 202),

Não é novidade, que o Código Civil anterior e a legislação brasileira como um todo adotaram, com algumas exceções, a responsabilidade subjetiva, não prescindindo da culpabilidade como parte integrante do ato ilícito. Nessa modalidade, o elemento nuclear da responsabilidade é o dolo ou culpa em sentido estrito.

No entanto, o início do Século XX trouxe fatores que demonstravam a necessidade de mudança no regime de responsabilidade. A expansão da sociedade, através do desenvolvimento do maquinismo⁷, do progresso científico e a explosão demográfica fizeram surgir diversos problemas de ordem estrutural.

² Segundo Alvino Lima, “a vingança privada era a ‘forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos na sua origem, para a reparação do mal pelo mal’” (LIMA *apud* GONÇALVES, 2011, p. 25).

³ Conforme o autor, “o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela composição econômica. [...] a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido. Ainda não se cogitava culpa” (GONÇALVES, 2011, p. 25).

⁴ Segundo Cavalieri, (2012), a culpa, como elemento integrante da responsabilidade civil, surgiu com o advento da *Lex Aquilia*.

⁵ “No Código Napoleão (Código Civil francês) [...], recebemos a ideia fundamental de que a responsabilidade encora-se e encontra supedâneo na culpa” (STOCO, 2011, p. 133).

⁶ Lei n. 3.071/1916, Art. 159. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.* (BRASIL, 1916).

⁷ Segundo Eugênio Facchini Neto (*apud* STOCO, 2011, p. 184), “até o final do século XIX, o sistema da culpa funcionava satisfatoriamente. Os efeitos da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na vida cotidiana

De acordo com Wilson Melo da Silva (1974, p.165), o crescente processo de industrialização e do desenvolvimento de técnicas de produção advindos da Revolução Industrial, permitindo em larga escala, a fabricação de bens materiais, trouxe como consequência o extraordinário aumento dos casos de acidente de trabalho.

Esse fato – os acidentes de trabalho frequentemente ocorridos na época - demonstrou que a regra da responsabilidade baseada na culpa não surtia mais efeitos:

Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários, mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro impossibilidade – de provar a culpa do patrão (CAVALIERI, 2012, p. 151).

Logo, como medida para resolver essa situação, os juristas da época começaram a enxergar a responsabilidade sob o aspecto objetivo⁸: alguns casos deveriam ser tratados desconsiderando o elemento culpa para que a vítima do evento danoso recebesse a devida reparação. Dessa forma, apesar do Código Civil Brasileiro de 1916 adotar a corrente subjetivista, a responsabilidade objetiva passou a atender alguns casos específicos para os quais a teoria tradicional revelara-se insuficiente.

Essa nova conjuntura teve por fundamento a *teoria do risco*⁹. Nesses casos, o fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, e passou a ser encontrado no exercício de atividades perigosas.

O primeiro diploma legal a tratar da responsabilidade civil objetiva foi o Decreto n. 2.681/1912¹⁰, que tratava da responsabilidade das estradas de ferro. Desencadeada a ideia, outros diplomas legais foram surgindo ao longo do tempo com a tese da responsabilidade

romperam o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento de número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma ‘culpa’ na origem do dano e, por vezes, identificar o próprio causador do dano”.

⁸ A doutrina objetiva nasceu no século XIX, sob os auspícios de Saleilles e Josserand, e, no Brasil, o precursor da teoria da responsabilidade objetiva foi Alvino Lima, em 1938 (STOCO, 2011).

⁹ “Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. [...] A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independente de ter agido ou não com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano” (CAVALIERI, 2012, p. 152).

¹⁰ Decreto n. 2.681/1912, Art. 17. *As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.*

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1ª - Caso fortuito ou força maior;

2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

objetiva sancionada, dentre eles: Lei de Acidentes do Trabalho, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei n. 6.453/1977 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), a Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente, que trata dos danos causados ao meio ambiente e que ainda será tratado nesse trabalho), o Código de Mineração (Decreto-lei n. 227/1967) e a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Abraçando o novo conceito, o Código Civil de 2002 adotou a concepção dualista¹¹, ou seja, além de prever a responsabilidade civil subjetiva, a Lei n.10.406/2002 consagrou também a responsabilidade objetiva. Contudo, prevalece a responsabilidade com base na culpa como regra, perceptível através do conceito de ato ilícito¹² previsto no Código. A responsabilidade civil objetiva é exceção, somente podendo ser aplicada nas hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (nas quais tem o dever de indenizar o sujeito que explorar atividade que implique riscos para direitos de outrem ou quando existirem casos expressamente especificados em lei).

Sobre essa inovação,

Migrou do sistema único do código de 1916, da exclusiva consagração da regra da responsabilidade civil fundada na culpa (art. 159), **para um sistema dualista** que, sem prejuízo desse princípio básico, reproduzido agora no art. 186, agregou, com igual força de incidência, a responsabilidade sem culpa, esteada no risco da atividade (MILARÉ, 2011, p. 1246, *grifo nosso*).

Ao mesmo tempo em que o instituto da Responsabilidade Civil evoluía no sistema normativo brasileiro, o meio ambiente, como bem jurídico tutelado, ganhava cada vez mais relevância na sociedade global, incluindo o Brasil, especialmente a partir da década de 1980.¹³, com o advento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). O crescimento acelerado e desordenado dos países sem qualquer preocupação ecológica provocou a degradação ambiental em massa, diminuindo os bens ambientais ofertados ao ser humano. Essa situação fez remodelar o pensamento sobre o tratamento que este até então dava

Art. 26. *As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais.* (BRASIL, 1912).

¹¹ Lei n. 10.406/2002, Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

¹² Lei n. 10.406/2002, Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.* (BRASIL, 2002).

ao meio ambiente, que passou ganhar importância especial como direito autônomo, tornando-se um bem público. Registre-se que essa importância e as características desse direito serão descritas no Capítulo 3.

Segundo Milaré (2011, p. 1248), a responsabilidade civil do meio ambiente também mereceu atenção específica, pois

Imaginou-se, no início da preocupação com o meio ambiente, que seria possível resolver os problemas relacionados com o dano a ele infligido nos limites estreitos da teoria da culpa. Mas, rapidamente, a doutrina, a jurisprudência e o legislador perceberam que as regras clássicas de responsabilidade, contidas na legislação civil de então, não ofereciam proteção suficiente e adequada às vítimas do dano ambiental, relegando-as, no mais das vezes, ao completo desamparo. Primeiro, pela natureza difusa deste, atingindo, via de regra, uma pluralidade de vítimas, totalmente desamparadas pelos institutos ortodoxos do Direito Processual clássico, que só ensejavam a composição do dano individualmente sofrido. Segundo, pela dificuldade de prova da culpa do agente poluidor, quase sempre coberto por aparente legalidade materializada em atos do Poder Público, como licenças e autorizações. Terceiro, porque no regime jurídico do Código Civil, então aplicável, admitiam-se clássicas excludentes de responsabilização, como, por exemplo, caso fortuito e força maior. Daí a necessidade da busca de instrumentos legais mais eficazes, aptos a sanar a insuficiência das regras clássicas perante a novidade da abordagem jurídica do dano ambiental.

Eis dois dos motivos de o meio ambiente não receber o tratamento utilizado na responsabilidade civil tradicional:

1) Por não se tratar de uma relação entre particulares¹⁴, de direito privado, e sim, de ordem pública, de acordo com o que entende parcela da doutrina. De acordo com Bittencourt e Marcondes (2011, p. 160),

Haverá responsabilidade pública, embora não estatal, sempre que alguém se colocar em posição jurídica, que pela sua peculiaridade possa produzir danos que, por sua natureza e/ou extensão potencial, assumam feições mais amplas e intensas que as normalmente experimentadas nas relações privadas. Essa amplitude e intensidade do dano conferem à responsabilidade dele decorrente caráter público.

2) Pelo fato de o requisito da culpa tornar insubsistente o dever de reparar o meio ambiente degradado. Nas palavras de Machado (2013), o que se aprecia é a ocorrência prejudicial ao homem e ao seu ambiente e não a conduta subjetiva do poluidor.

¹³ “Em 1985 [...] é eleito um presidente civil. Passa-se a preparar uma nova Constituição. Reúne-se uma assembleia de notáveis, onde a questão do meio ambiente é levantada. A sociedade civil, através de suas organizações, faz seminários por todo o País” (MACHADO, 2013, p. 150).

¹⁴ Segundo José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala (2012, p. 118), “em sua versão clássica, o instituto da responsabilidade estava ligado a uma relação entre particulares e isto não sucede quando se lida com o bem ambiental difuso e coletivo”.

Atento a essa mudança, sem hesitar, o legislador agrupou tais ideias através da elaboração da Lei n. 6.938/1981, a chamada Política Nacional do Meio Ambiente, que, em seu artigo 14, § 1º dispõe:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981, *grifo nosso*).

Logo, percebe-se que o legislador adotou a responsabilidade objetiva como forma de solucionar, ou, ao menos, atenuar os casos de agressão ao bem ambiental exercida por atividades poluidoras. Nas palavras de Antônio Hermann V. Benjamin:

Reagindo contra a comprovada insuficiência da norma civil codificada, visivelmente incapaz de, com um mínimo de eficiência, responsabilizar o degradador ambiental, foi promulgada a Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que, na trilha da sua congênere norte-americana de 1970 (NEPA – National Environmental Policy Act), mas ampliando o campo de aplicação desta, instituiu, por dispositivo expresse, um novo regime para a responsabilidade civil pelo dano ambiental, sob bases objetivas [...] O art. 14, § 1º, como se percebe, de uma tacada só, rompeu *duas* pilastras de sustentação do paradigma aquiliano-individualista: a) objetivou a responsabilidade civil; [...] b) legitimou para a cobrança de eventual reparação o Ministério Público [...] (BENJAMIM, 2010, p. 477).

Posteriormente, o constituinte originário, em 1988, já inteirado do tratamento diferenciado que o meio ambiente estava recebendo, não se esqueceu de elevar a *status* constitucional a responsabilização civil por danos ambientais, o que evidenciou a importância da questão ambiental no Estado Brasileiro. A CRFB/1988 expressa em seu artigo 225, § 3º:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados** (BRASIL, 1988, *grifo nosso*).

Segundo Hermann Benjamin,

O constituinte não apenas, de maneira indireta, determinou a responsabilização civil – assim como a criminal e administrativa – do poluidor, como ainda reforçou, de forma substancial, esse dever de reparar, ao a) prever um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, b) ao caracterizar o meio ambiente, no plano

de sua apropriação, como “bem de uso comum do povo” e, c) na sua função essencial, como “essencial à sadia qualidade de vida” (BENJAMIM, 2010, p. 479).

Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO, 2013, p. 417), seguindo a posição de Álvaro Luiz Valery Mirra, acentua que “no Brasil adotou-se ‘um sistema que conjuga, ao mesmo tempo e necessariamente, responsabilidade objetiva e reparação integral”.

Como descrito anteriormente, não contrariando a nova ordem instituída, o Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 927, dedicou atenção especial à regra da responsabilidade civil objetiva, *verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

[...]

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos **casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.** (BRASIL, 2002, *grifo nosso*).

Desse modo, a primeira parte do dispositivo recepcionou a posição adotada no artigo 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981; Já a segunda parte, verificando o desenvolvimento histórico sobre a transformação da responsabilidade subjetiva em objetiva, enquadrando as atividades segundo riscos que estas desenvolvem, responsabilizando-as em caso de dano.

Segundo Rui Stoco (2011, p. 186),

O parágrafo único do art. 927 criou hipótese de responsabilidade sem culpa, no exercício de atividade perigosa e de risco, quando esse perigo seja inerente à própria atividade, independentemente do modo de seu exercício e, ainda, desimportando que essa atividade seja legítima ou ilegítima, mas exigindo-se que se trate de um risco anormal e especial.

Portanto, verifica-se que foi necessária a consecução de vários acontecimentos históricos para que a responsabilidade civil ambiental recebesse o tratamento que hoje possui - baseada na responsabilidade objetiva -, tornando-se um dos principais pilares para a proteção e efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado esculpido na CRFB.

1.2 OS PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Princípio¹⁵, na origem latina, significa “aquilo que se toma primeiro” (*primum capere*), designando início, começo, ponto de partida. Resumidamente, dentre as suas

¹⁵ Para Cretella Júnior (1989, p. 129), “são as preposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”.

características e, levando em conta que há inúmeros conceitos com as mais variadas posições^{16 17}, os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras; são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (MILARÉ, 2011, p. 1064).

Adentrar-se-á agora nos princípios comumente utilizados pela doutrina que orbitam o instituto.

Dentre eles, destacam-se os princípios da Prevenção, da Precaução, do Poluidor-Pagador e da Reparação Integral (ou Responsabilização, comumente denominado por parte da doutrina). Passa-se, então, à análise individual de cada um deles.

1.2.1 Princípio da Prevenção

Princípio basilar do Direito Ambiental, tal princípio é imprescindível para a fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado disposto no *caput* do artigo 225 da Carta Magna. “Nunca é demais frisar que a reparação e a repressão ambientais representam atividades menos valiosas que a prevenção. Sim, porque os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos.” (MILARÉ, 2011, p. 1250).

O Princípio da Prevenção tem aplicação quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa. Os riscos e os impactos da atividade potencialmente poluidora já são conhecidos pela ciência (MILARÉ, 2011, p. 1069). É a dualidade risco certo/perigo concreto. Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2013, p. 120), “a nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no *caput* do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.”.

¹⁶ Para Josef Esser (*apud* ÁVILA, 2011, p. 35), “princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”.

¹⁷ Canotilho destaca que “a utilidade dos princípios reside, principalmente: 1) em serem um padrão que permite aferir a validade das leis, tornando inconstitucionais ou ilegais as disposições legais ou regulamentares ou atos que o contrariem; 2) no seu potencial como auxiliares da interpretação de outras normas jurídicas; e 3) na sua capacidade de integração de lacunas” (CANOTILHO, 1998, p. 43).

Como instrumentos práticos desse princípio, temos o estudo de impacto ambiental, previstos no artigo 225, § 1º, IV¹⁸ e V¹⁹ da CRFB/1988, a avaliação dos impactos ambientais (AIA), disposta na Lei n. 6.938/1981²⁰, além de outros²¹. O objetivo desses instrumentos é prever os possíveis impactos que a atividade poluidora poderá causar para então tentar mitigar seus efeitos na sua máxima eficiência, com o intuito de evitar o dano ambiental (e, por via reflexa, a responsabilização do poluidor), já que o retorno do meio degradado ao *status quo* é muito difícil. Marcelo Abelha Rodrigues enaltece essa questão:

O princípio da prevenção constitui um dos mais importantes axiomas do Direito Ambiental. **A sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível [...]** O vocábulo prevenção (prae + venire = vir antes) atrela-se à cautela, à precaução, qual seja, conduta tomada no sentido de evitar o risco ambiental (RODRIGUES, 2005, p. 203 – 204, *grifo nosso*).

Ademais, esse princípio foi consagrado em dois documentos originados de eventos internacionais de suma importância para o meio ambiente: 1) Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em vários de seus princípios²², elaborada na 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972; 2) Declaração do Rio de 1992²³, vinte anos após a Conferência de Estocolmo. Esta declaração foi originada da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), exteriorizado em seu Princípio 8, *in verbis*:

Princípio 8 - A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, **os Estados devem reduzir e eliminar os**

¹⁸ CRFB/1988, Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (BRASIL, 1988).

¹⁹ CRFB/1988, Art. 225. [...] V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (BRASIL, 1988).

²⁰ Lei n. 6.938/1981, Art. 9º. *São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:*

[...]

III - a avaliação de impactos ambientais; (BRASIL, 1981).

²¹ Fiorillo (2013) exemplifica como instrumentos aplicadores do Princípio da Prevenção o manejo ecológico, o tombamento e as sanções administrativas.

²² Dentre eles, destaca-se: Princípio 5. *Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização.* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

²³ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento se trata de um documento originário da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, com o objetivo de encontrar soluções para compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental – formando o chamado desenvolvimento sustentável.

modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas públicas apropriadas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992, *grifo nosso*).

Conforme a parte final do Princípio 8 da Declaração do Rio de 1992, o alcance do princípio da prevenção deve ser interpretado além do simples fato de prevenir riscos e mitigar os efeitos negativos do impacto ambiental: ele deve influenciar na criação de políticas públicas ambientais²⁴, principalmente em campos que necessitam de melhorias a curto prazo, como é o caso do saneamento básico no Brasil.

1.2.2 Princípio da Precaução

Não menos importante, o Princípio da Precaução deve ser invocado “quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas, ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido” (MACHADO, 2010, p. 592).

O mesmo raciocínio segue Marcelo Abelha Rodrigues:

Tem se utilizado o postulado da precaução quando se pretende evitar o risco mínimo ao meio ambiente, nos casos de incerteza científica acerca da sua degradação. Assim, **quando houver dúvida científica da potencialidade do dano ao meio ambiente acerca de qualquer conduta que pretende ser tomada, incide o princípio da precaução para prevenir o meio ambiente de um risco futuro.** (RODRIGUES, 2005, p. 206, *grifo nosso*).

Tamanha é a sua importância que duas convenções internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil inseriram o princípio da precaução no ordenamento jurídico brasileiro: A Convenção da Diversidade Biológica²⁵, que o menciona implicitamente entre os “considerando” do seu “Preâmbulo”. E a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, que dispõe em seu artigo 3º:

As Partes devem adotar **medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos.** Quando

²⁴ “A aceitação do princípio da prevenção não para somente no posicionamento mental a favor de medidas ambientais acautelatórias. O princípio da prevenção deve levar à criação e à prática de política pública ambiental, através de planos obrigatórios. [...] A legislação brasileira prevê a realização de planos em diversos setores ambientais, tais como: hídrico (Lei 9.433/97), saneamento básico (Lei 11.445/07)” (MACHADO, 2011, p. 99).

²⁵ Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992, *grifo nosso*).

As duas convenções apontam, da mesma forma, as finalidades do emprego do princípio da precaução: evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente.

Além delas, tal princípio também foi acolhido na Declaração do Rio de 1992:

Princípio 15 - Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992)

Conforme bem menciona Eckard Rehbindler, e Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO, 2011, p. 99) “A Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro”. Percebe-se que o alcance princípio da precaução deve ir além, atuando de acordo com as políticas ambientais para combater a poluição em todas as suas formas a fim de preservar os recursos naturais existentes no nosso planeta.

1.2.3 Princípio do Poluidor-Pagador

O princípio do poluidor-pagador constitui o fundamento primário da responsabilidade civil. Existente desde a época do Direito Romano, tal princípio significa que a pessoa que lucra com a atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens delas resultantes. Ele impõe a internalização dos custos decorrentes das externalidades negativas ambientais, ou seja, dos efeitos nocivos resultantes do desenvolvimento de atividades humanas que incidem sobre a qualidade do meio ambiente, ainda que não voluntárias.

José R. Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2012, p. 60 - 61) explicam que

O princípio do poluidor pagador visa sinteticamente a internalização dos custos externos de deterioração ambiental. Tal situação resultaria em uma maior prevenção e precaução, em virtude de um conseqüente maior cuidado com situações de potencial poluição. [...] **O princípio do poluidor pagador tem reflexos na economia ambiental, na ética ambiental, na administração pública ambiental e no direito ambiental,** pois tenta imputar na economia de mercado e no poluidor custos

ambientais e, com isso, visa combater a crise em suas origens ou na fonte. (*grifo nosso*).

Na legislação infraconstitucional brasileira, esse princípio vem disciplinado no artigo 4º, VII da Lei n. 6.938/1981²⁶. Ademais, o princípio do poluidor-pagador também pode ser visualizado dentre os princípios da Declaração do Rio de 1992:

Princípio 13 - Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Princípio 16 - As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

No conceito de Bittencourt e Marcondes (2011, p. 160), o princípio do poluidor-pagador “é aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação (ou omissão)”.

Portanto, tecidos alguns poucos comentários de tão significativo princípio, evidencia-se que o princípio do poluidor-pagador tem uma função além de apenas internalizar os custos de uma atividade poluidora; ele também possui a função de prevenir que impactos ocorram, pelo fato de coibir condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.

1.2.4 Princípio da Reparação Integral

Princípio de grande relevância para a temática da recuperação ambiental, o Princípio da Reparação Integral (ou da Responsabilização) está previsto no artigo 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981, posteriormente reforçada pelo disposto no artigo 225, § 3º da CRFB/1988.

²⁶ Lei n. 6.938/1981, Art. 4º. *A Política Nacional do Meio Ambiente visará:*

[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. (BRASIL, 1981).

Como demonstrado na evolução histórica, o princípio reflete a regra da responsabilidade objetiva e também estabelece o objetivo de tentar recompor a área degradada ao seu *status quo ante*. Nas palavras de Mirra (2010 p. 356):

É interessante notar que, no âmbito civil, a responsabilidade do degradador se submete, entre nós, a duas regras da maior importância, que revelam a amplitude da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e o rigor (necessário) do legislador nessa matéria. **A primeira regra é a da responsabilidade objetiva do degradador** pelos danos ambientais causados, isto é, independentemente da existência de culpa e pelo simples fato da atividade (art. 14, § 1º, da Lei 6938/81). **A segunda é a da reparação integral do prejuízo causado**, que tem como objetivo propiciar a recomposição do meio ambiente, na medida do possível, no estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano (*grifo nosso*).

O princípio vai além de simplesmente reparar o dano causado pelo poluidor. Segundo o mesmo autor, “no direito brasileiro, reconheceu-se que a responsabilidade civil, na esfera ambiental, pode ter como efeito principal e autônomo não só a *reparação propriamente dita do dano* como também a cessação da atividade que se encontra na origem do dano, pela via da denominada *supressão do fato danoso*” (MIRRA, 2003, p. 69).

E arremata o autor:

Efetivamente, **quando o constituinte, no art. 225, § 3º, da CF, e o legislador infraconstitucional, no art. 4º, VI e VII, e no art. 14, caput, e § 1º, da Lei 6.938/81, se referem, indiscriminadamente, à reparação, à restauração, à recuperação e à correção de lesões ao meio ambiente, eles o fazem, sem dúvida, com o fim de abranger providências tendentes à reparação de danos em sentido estrito e, também, à eliminação da fonte do dano ambiental, por intermédio de medidas que atuam sobre a atividade causadora da degradação**. Tais aspectos ficam ainda mais evidentes pelos exame das normas dos arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85, as quais previram, no âmbito da tutela processual, que a ação civil pública ambiental pode ter por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, destinadas, diz expressamente a lei, à “**cessação da atividade nociva**” ao meio ambiente. (MIRRA, 2003, p. 69 - 70, *grifo nosso*).

Ademais, a Declaração de Estocolmo de 1972 o previu em seu princípio 22²⁷, como também ocorreu na Declaração do Rio em 1992, em seu princípio 13.

Percebe-se que o princípio transcende o que está constituído em seu conceito: além da ótica da reparação integral, ele também enaltece o caráter preventivo do direito ambiental, inibindo futuras condutas consideradas lesivas ao bem ambiental pelo simples fato de ordenar a restauração do *status quo* em caso de transgressão às normas ambientais, que se traduz na degradação da qualidade ambiental.

²⁷ Declaração da ONU sobre o Meio Ambiente Humano de 1972. Princípio 22. *Os Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob o controle de tais Estados causem a zonas fora de sua jurisdição.* (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Portanto, resta evidenciado que os princípios da responsabilidade civil ambiental possuem papel fundamental na preservação do meio ambiente através da prevenção do dano, refletindo na qualidade de vida das pessoas.

1.3 O SUJEITO RESPONSÁVEL

Antes de adentrar nos pressupostos da responsabilidade civil ambiental, é necessário demonstrar quem são os sujeitos responsáveis que o legislador definiu como causadores de danos, sob a ótica ambiental.

Conforme visto, a Lei n. 6.938/1981, em seu artigo 14, § 1º, dispõe que “é o poluidor obrigado [...] a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade” (BRASIL, 1981).

Nota-se que a norma se refere ao poluidor como causador do dano. Para esclarecer essa situação, merece atenção o conceito de poluidor instituído pela mesma lei:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (BRASIL, 1981).

Apesar de muito contestado por boa parte da doutrina, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, através da relatoria do Ministro Antônio Hermann Benjamin, proferiu acórdão que, em seu corpo, ampliou o conceito de poluidor, confundindo-se, inclusive, com o de degradador ambiental. Leia-se:

O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981) [...]. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem (grifo nosso).²⁸

²⁸ Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.071.741/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 24/03/2009.

Dessa forma, a jurisprudência²⁹, nos últimos anos, vem classificando como poluidor aquele que causa degradação ambiental, sendo que pode ser diretamente responsável – aquele que exerce uma atividade causadora de danos ambientais – ou indiretamente – a pessoa que, de alguma forma, concorre para a ocorrência do dano, através de algum ato comissivo ou omissivo.

E é exatamente nesse último caso que se enquadra o município pelos danos ambientais decorrentes da falta ou ineficiência na prestação do serviço público de esgotamento sanitário. Conforme será visto no Capítulo 3, a conduta omissiva do município não é causa, mas condição para a ocorrência do dano. O ente municipal se omite na prestação, direta ou indireta, do serviço público de esgotamento sanitário por permanecer inerte quanto aos deveres infraconstitucionais e constitucionais relacionados ao tema, enquadrando-se como poluidor indireto. Os detalhes desses conceitos serão melhores explanados no terceiro capítulo.

Apesar de ambos os artigos mencionar o termo “atividade” – entendida como uma conduta habitual, continuada (CAVALIERI, 2012) - como necessária à configuração do dano, percebe-se que esse conceito não deve ser interpretado de forma literal ou restritiva. Nem sempre o poluidor (principalmente o indireto) exerce uma atividade contínua, de forma que o enquadramento dos pressupostos essenciais (descritos na próxima subseção) é suficiente para gerar o dever de responsabilizar. Ademais, invocar apenas a falta de atividade habitual para ilidir o dever de reparar o meio ambiente degradado por sua conduta seria violar os princípios ambientais, notadamente o princípio do poluidor pagador e da reparação integral, como também a norma constitucional que irradia todo o ordenamento jurídico ambiental brasileiro, qual seja, o texto disposto no artigo 225 da CRFB/1988.

Por se tratar de um dano complexo, em que pode envolver um número indeterminado de poluidores (pluralidade de sujeitos), pelo qual muitas vezes é difícil identificar a autoria dos danos causados, a doutrina³⁰ e a jurisprudência³¹ entendem que a responsabilidade solidária é o caminho para efetivação da reparação integral do dano. Dessa forma, “havendo mais de um agente poluidor, prevalece entre eles, o vínculo e as regras da solidariedade, no teor do art. 3º, IV, da Lei 6.938/81, que importa na responsabilidade de todos e de cada um

²⁹ Como exemplo desse posicionamento, citam-se o REsp n. 650.728/SC e REsp n. 1.090.968/SP.

³⁰ “Todos os que participaram da conduta danosa ao meio ambiente devem ser responsabilizados solidariamente” (VENOSA, 2010, p. 249).

pela responsabilidade dos danos, ainda que não os tenha causado por inteiro” (MILARÉ, 2011, p. 1260).

Ademais, a tese encontra respaldo no que estabelece o *caput* do artigo 942 do atual Código Civil Brasileiro: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” (BRASIL, 2002).

Por isso, desde que configurado o nexo causal entre a conduta do poluidor – seja ele direto ou indireto – e o dano ambiental (pressupostos que serão explanados a seguir), este pode ser demandado individualmente ou conjuntamente com os outros poluidores. Conforme Viana (2004, p. 111), “todo aquele que, por razões múltiplas, se encontrar envolvido com a conduta ensejadora do dano ambiental será obrigado, por força da regra da solidariedade, a responder pela indenização”. Logo, cada um será obrigado a reparar integralmente o dano, cabendo ação de regresso ao que pagar pela integralidade do dano contra os outros corresponsáveis (MILARÉ, 2011, p. 1261).

Vejamos, a partir de agora, cada um dos pressupostos da responsabilidade civil ambiental.

1.4 OS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Antes de adentrar aos pressupostos, é necessário tecer duas considerações.

A primeira delas é referente a uma das classificações da responsabilidade civil. Dentre as existentes, uma divide a responsabilidade em civil em contratual e extracontratual, ficando nítido que a responsabilidade ambiental se enquadra na segunda.

A responsabilidade extracontratual tem origem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neninem laedere*). Nesse caso, o desrespeito a um dever jurídico imposto pela lei ou por algum princípio tem o condão de responsabilizar a pessoa que infringiu a referida norma jurídica. A ninguém é permitido lesar o direito de outra pessoa sem que haja a consequência de imposição de uma sanção (STOCO, 2011).

³¹ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 647.493/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em

A segunda consideração diz respeito à diferenciação dos pressupostos da responsabilidade civil ambiental.

Levando em conta a *teoria da culpa*³² (responsabilidade subjetiva), os pressupostos para configuração da responsabilidade são: ato ilícito (ação ou omissão) no seu duplo aspecto: objetivo – conduta contrária ao direito, e subjetivo – juízo de valor sobre essa conduta; dano; e nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano. Tal responsabilidade encontra respaldo nos artigos 186, 187 e 927, *caput*, do Código Civil, conforme visto.

No início do século XX, evoluiu-se para a *teoria do risco*³³.

Para essa teoria, segundo alguns autores, desconsiderou-se a imputabilidade ou a investigação da antijuridicidade do fato danoso (MIGUEL, 2010). O importante para haver ressarcimento é verificar se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Ocorrendo isso, o autor do fato causador do dano se torna o responsável (STOCO, 2010). “Basta a existência entre o dano e o nexo causal entre o fato e o dano” (MIGUEL, 2010, p. 481).

Já para outros (CAVALIERI, 2010, p. 385), “a obrigação de indenizar só surge quando alguém viola dever jurídico e causa dano a outrem. [...] Não é o risco que causa o dever de indenizar, mas sim o dano causado pela violação do dever jurídico”. Para Romeu Thomé (2011), os pressupostos estão previstos no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, quais sejam: o dano e o nexo causal.

Na seara ambiental, a adoção da responsabilidade objetiva contida no artigo 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981 fez com que a natureza do ato (lícito ou ilícito) fosse irrelevante para a ocorrência da responsabilização (STOCO, 2010), já que se passou a admitir a indenização decorrente do ato lícito. Aqui, deve haver lei prevendo a possibilidade de responsabilização objetiva com fundamento na teoria do risco. Salienta-se que a teoria do risco na seara ambiental será melhor explanada no tópico referente ao nexo de causalidade.

A doutrina ambiental acabou se reportando aos pressupostos de forma diferenciada. Alguns autores (LEITE, AYALA, 2012) entendem que, para a configuração da

22/05/2007.

³² Na teoria da culpa, para que haja indenização, é necessária a existência do dano, do nexo causal entre o fato e o dano e a culpa *latu sensu*, que compreende o dolo e a culpa *stricto sensu* – imprudência, negligência ou imperícia (MIGUEL, 2010).

³³ Cavaliere (2010) entende que o risco é apenas a teoria que justifica a responsabilidade, e não o seu fato gerador.

responsabilidade civil, basta a comprovação da existência de um dano, de uma conduta e de uma relação de causa e consequência entre estes (nexo de causalidade).

Milaré (2011) e Marcelo Abelha Rodrigues (2002) entendem que basta a configuração de um evento danoso e do nexo de causalidade com a fonte poluidora (ou o dano e o nexo de causalidade que o liga ao poluidor).

Mirra (2010), ainda, entende que há necessidade da demonstração do dano ambiental, de uma atividade degradadora do meio ambiente e do nexo causal entre o dano e o fato da atividade degradadora.

Para Romeu Thomé (2011), devem ser comprovados: a) o dano ambiental; b) relação de causa e efeito entre a conduta (fato) do agente e o dano (nexo causal).

O STJ³⁴ entende que, para a reparação do dano, é necessária a “comprovação da efetiva ocorrência de dano e do nexo de causalidade com a conduta do agente, pois estes são elementos essenciais ao reconhecimento do direito de reparação”.

Percebe-se que são inúmeras as posições referentes aos pressupostos, não havendo uma unanimidade.

Fazendo uma síntese das posições expostas, o autor preferiu adotar um modelo que apresenta um aspecto mais amplo e que, de certa forma, engloba os pressupostos defendidos pelos mencionados autores. Sendo assim, para a incidência da responsabilização ambiental, são necessários: a) conduta poluidora; b) dano ambiental; e c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano ambiental.

1.4.1 Conduta poluidora

Tradicionalmente, segundo Cavalieri, “entende-se por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” (CAVALIERI, 2012, p. 25). Entretanto, com o tempo, o conceito de conduta foi ampliado, passando a advir também de pessoas jurídicas³⁵.

³⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.378.705/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 03/10/2013.

³⁵ “Embora num primeiro momento o elemento volitivo necessário para a configuração de uma conduta delituosa tenha sido considerado o óbice à responsabilização criminal da pessoa jurídica, é certo que nos dias atuais esta é

Conforme demonstrado no tópico anterior sobre o conceito de poluidor, para a configuração da responsabilidade civil ambiental há a necessidade de demonstração de uma conduta advinda do agente poluidor – direto ou indireto – caracterizando a conduta poluidora.

Essa conduta se tipifica nas mais variadas formas, conforme mencionou o Ministro Hermann Benjamin no acórdão retro mencionado³⁶, em que uma delas se enquadra no presente caso, apesar desse acórdão não ter sido muito bem recepcionado pela doutrina: “quem faz, **quem não faz quando deveria fazer**, [...] quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem” (*grifo nosso*).

Portanto, sinteticamente, pode ser um ato (lícito ou ilícito) - ação ou omissão, advinda de uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, de acordo com o disposto no artigo 3º, IV da PNMA, capaz dar ocorrência à degradação ambiental. A essencialidade é o ato que concorra para a degradação, não importando a forma. Ele pode advir diretamente de uma atividade ou concorrer para agravar o dano produzido por aquela atividade.

Juntando-se à conduta, para que seja aferida uma conduta poluidora como pressuposto da responsabilidade civil ambiental, deve ser analisado também o conceito de poluição. O artigo 3º, III da Lei n. 6.938/1981 define:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; (BRASIL, 1981).

Por vezes, a poluição decorre de uma série de fatores (não somente de um ato, conduta, ou, como o sentido literal da lei descreve – atividade) em que não é possível identificar um único sujeito causador do dano. É o que ocorre com o esgotamento sanitário: a poluição provém de inúmeras fontes (esgotos domésticos e industriais não tratados), não existindo um único causador do dano. A par disso, José Afonso da Silva (2011, p. 207)

expressamente admitida, conforme preceitua, por exemplo, o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal”. (Superior Tribunal de Justiça, RHC n. 40.317/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 22/10/2013).

³⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 1.071.741/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 24/03/2009.

entende por “*fonte de poluição* a atividade, o local, o objeto de que emanem elementos poluentes que degradem a qualidade do meio ambiente”, definindo que muitas podem ser a causa da degradação ambiental, envolvendo vários atos isolados, e, muitas vezes, não identificáveis. E o doutrinador continua:

Não há um modo simples de discriminar fontes de poluição. A maior parte dela consiste em fontes urbanas, o que é compreensível, porque é nas cidades que se encontra a maioria das atividades geradoras de poluição: esgotos, refugos sólidos (domésticos, comerciais, industriais), emissões industriais, veículos automotores, hospitais, etc.; outras não urbanas: extração de minérios, agrotóxicos. (SILVA, 2011, p. 207).

Por esses motivos, a conduta que cause degradação ambiental ou a agrave, dando origem ou ligando-se ao dano ambiental, faz a pessoa enquadrar-se como sujeito poluidor (causador de uma poluição, no sentido *latu*), configurando uma conduta poluidora, elemento essencial para a responsabilização do agente que deu causa, mesmo que seja em parte, àquela situação. É o que ocorre com o município, quando não presta ou presta ineficientemente o serviço de esgotamento sanitário em virtude de sua omissão quanto aos seus deveres infraconstitucionais (principalmente os especificados na Lei n. 11.445/2007), que ensejariam a adequada prestação do serviço se fossem observados e que serão tratados no terceiro capítulo deste trabalho.

1.4.2 Nexo de causalidade

Na doutrina tradicional acerca da responsabilidade civil, nexos causais “é o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (CAVALIERI, 2012, p. 49).

Dentre as teorias tradicionais criadas para explicar o nexo de causalidade, destacam-se: a teoria da equivalência das condições (denominada por alguns de *conditio sine qua non*), a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

Formulada pelo processualista austríaco Julius Glaser³⁷ e depois introduzida na jurisprudência por Von Buri³⁸, a *teoria das equivalências das condições* não faz distinção

³⁷ Nesse sentido, Juarez Tavares e Helena Pinto (PINTO, 2008, p. 128), com base na lição de Nelson Hungria, expõe que a teoria foi formulada pelo austríaco no ano de 1858.

³⁸ Steigleder, considerando que tal teoria foi elaborada por Von Buri para o Direito Penal, menciona que a teoria foi desenvolvida pela doutrina civilista e sustenta que, em havendo culpa, todos os elementos que, de uma certa

entre causa e condição. Se várias condições concorreram para o mesmo resultado, todos têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Causa, para essa teoria, é toda condição sem a qual o resultado não teria ocorrido (PINTO, 2008, p. 127). Não há distinção entre causa e condição, segundo Nelson Hungria, nas palavras de Helena Pinto (2008, p. 127). O seu problema reside na regressão infinita do nexo causal, atribuindo inúmeros responsáveis pela causação do dano (CAVALIERI, 2012), que, por conta deste e outros fatores, é uma teoria considerada superada (PINTO, 2008).

Já a *teoria da causalidade adequada*, elaborada por Von Kries, faz distinção entre causa e condição. Causa é o antecedente não só necessário, mas também, adequado à produção do resultado - será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais. Logo, nem todas as condições que concorreram para o resultado serão causas. O problema dessa teoria é justamente não haver uma regra para determinar qual condição é a mais adequada para caracterização do nexo causal (CAVALIERI, 2012). Ademais, segundo Helena Elias Pinto (2012, p. 135), no STF, “o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido por ocasião do julgamento do RE 130764 – PR, referiu-se a não aplicabilidade da teoria da equivalência das condições, inclusive no campo do direito penal.”

Por fim, para a *teoria do dano direto e imediato*, a causa deve ser direta e imediata. Toda causa será direta e imediata se não houver outra causa que rompa a relação entre essa causa e o dano sofrido pela vítima. Tal teoria foi adotada pelo CC/2002, em seu artigo 403³⁹. “Boa parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que a *teoria da causalidade direta ou imediata* acabou positivada” (CAVALIERI, 2012, p. 54). Essa teoria também restou acolhida pelo STF⁴⁰.

Entretanto, em matéria de danos ambientais, apesar da prova do dano ser uma tarefa complexa, a relação de causalidade se configura no ‘problema primordial’ desta responsabilidade civil, tanto na extensão da participação de um determinado agente, como na própria existência ou não de uma relação de causa e efeito (LEITE; AYALA, 2012). Milaré (2011, p. 1255) destaca:

maneira, concorreram para a sua realização, consideram-se como causas. [...] Toda condição que concorre para o resultado constitui causa (STEIGLEDER, 2010, p. 333).

³⁹ Lei n. 10.406/2002, Art. 403. *Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual* (BRASIL, 2002).

⁴⁰ “No julgamento do RE 130764-1/PR, sendo o relator o Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal acolheu a teoria da causa direta e imediata” (PINTO, 2008, p. 135).

Não é tarefa fácil em matéria de dano ambiental, a determinação segura do nexo causal, já que os fatos da poluição, por sua complexidade, permanecem muitas vezes camuflados não só pelo anonimato, como também pela multiplicidade de causas, das fontes e dos comportamentos, seja por sua tardia consumação, seja pelas dificuldades técnicas e financeiras de aferição.

Conforme descrito na digressão histórica, a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é objetiva, fundada na *teoria do risco*, que se subdivide em diversas teorias.

Dentre elas, as mais importantes são: a teoria do risco proveito, a teoria do risco criado e a teoria do risco integral.

Na *teoria do risco proveito*, responsável é “aquele que tira proveito da atividade danosa, com base de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *ubi emolumentum, ibi onus*” (CAVALIERI, 2012, p. 153). A ideia é de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Tal teoria admite as excludentes de responsabilidade, como caso fortuito e força maior, que possuem o condão de romper com o nexo causal (MACHADO, 2013).

Já na *teoria do risco criado*⁴¹, a responsabilidade é pelo risco criado pela atividade, sem, contudo, considerar a vantagem ou proveito da pessoa responsável. Quem cria o risco de dano se torna responsável. Distingue-se da teoria do risco proveito pelo fato de que na teoria do risco criado não se cogita o fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. Em regra, ela acaba incidindo em relação às atividades perigosas, sendo o perigo intrínseco à atividade o fator de risco a ser prevenido e a ensejar a responsabilização. Também admite as excludentes de responsabilidade.

Adotada pela maioria da doutrina ambientalista, a *teoria do risco integral* é “uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. [...] o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano”. (CAVALIERI, 2012, p. 155).

“Esse posicionamento não admite excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior, a ação de terceiros ou da própria vítima⁴², posto que tais acontecimentos são considerados ‘condições’ do evento” (STEIGLEDER, 2010, p. 329).

⁴¹ “Aquele que, em razão da sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo” (PERERIA, 1992, p. 24).

⁴² “A adoção da teoria do risco integral não é, todavia, pacífica, sendo contraposta pela teoria do risco criado, cujo principal diferencial é a admissibilidade das excludentes de responsabilidade civil – culpa exclusiva da vítima, fatos de terceiro e força maior -, posto que tais fatos têm o condão de romper com o nexo causal” (STEIGLEDER, 2010, p. 329).

Segundo boa parte da doutrina, a adoção dessa teoria é justificada pelo âmbito de proteção ambiental outorgada pelo *caput* do artigo 225 da CRFB/1988, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, instituindo-se uma verdadeira obrigação de incolumidade sobre os bens ambientais. Esse entendimento é defendido por Antônio Herman Benjamin (1998, p. 41), Jorge Nunes Athias (1993, p. 245), Édis Milaré (2011), Nelson Nery Jr (1984, p. 172) e José Afonso da Silva (2011).

José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala ainda descrevem o respaldo que tal teoria possui no ordenamento jurídico brasileiro:

A Constituição Brasileira e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente trazem um regime especial de responsabilidade ao degradador e não dispõem acerca de qualquer exclusão da obrigação de reparar o dano ecológico (caso fortuito, força maior, proveito de terceiro, licitude da atividade, culpa da vítima). Desta forma, o agente poluidor deve assumir integralmente todos os riscos que advém de sua atividade, por tratar-se da socialização do risco. Mais do que isto, a teoria do risco integral pelo dano ambiental funda-se no princípio da equidade, pois aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou desvantagem dela resultante (LEITE; AYALA, 2012, p. 198).

Ainda, segundo Édis Milaré, “a adoção do risco integral traz como consequências principais para que haja o dever de indenizar: a) a prescinibilidade de investigação de culpa; b) a irrelevância da licitude da atividade; c) a inaplicação das causas de exclusão da responsabilidade civil” (MILARÉ, 2011, p. 1256).

Sobre a irrelevância da (i)licitude da atividade, tão somente a lesividade (MILARÉ, 2011) é suficiente à responsabilização do dano, não importante se a sua atividade estava dentro dos limites legais estabelecidos pelo legislador.

Ainda, há autores (MILARÉ, 2011) (LEITE; AYALA, 2012) que defendem que só haverá exoneração de responsabilidade quando: a) o dano não existir; b) o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco.

Por último, convém fazer um breve comentário sobre a inversão do ônus da prova.

José Rubens Morato Leite e Délton Winter de Carvalho asseveram que

Sem dúvida, a maior guinada que oportuniza a discussão do liame de causalidade, seria a inversão do ônus da prova, que parece bastante apropriada ao dano ambiental, pois se transfere ao demandado a necessidade de provar que este não tem nenhuma ligação com o dano, favorecendo, em última análise, toda a coletividade, considerando que o bem ambiental pertence a todos. (LEITE; CARVALHO, 2010, p. 312).

Ao comentar os caminhos em direção a um sistema de inversão do ônus da prova, Luís Filipe Colaço Antunes esclarece: “Assim, não surpreenderá que o caminho a prosseguir conduza à inversão do ônus da prova. Caminhando nesse sentido, encorajar-se-á a

investigação sobre as relações de causa-efeito entre a emissão de substâncias tóxicas e a degradação ambiental” (ANTUNES, 1991, p. 5.).

No direito positivo brasileiro, o artigo 6º, VIII, do CDC estabelece no que tange ao direito do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, nos casos em que o magistrado entende que o demandante é hipossuficiente ou verossímil a alegação.

A tendência é o aperfeiçoamento da legislação do sistema de inversão do ônus ao dano ambiental, posto que a uma parcela da doutrina⁴³ entende ser possível a utilização do estabelecido no artigo 6º, VIII, do CDC. Isso, também, pelo fato de ambos os sistemas tratarem de direitos coletivos e possuírem um instrumento de tutela comum na defesa de seus interesses: a ação civil pública, regulamentada pela Lei n. 7.347/1985. Assim dispõe o seu artigo 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

A jurisprudência aos poucos, vem tomando forma nesse sentido, conforme a recente decisão⁴⁴ proferida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon: “Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90 c/c o art. 21 da Lei 7.347/85”.

Logo, no que se refere à reponsabilidade civil ambiental, percebe-se que a tendência no Direito Ambiental Brasileiro é cada vez mais utilizar a inversão do ônus da prova como instrumento de aferição do liame de causalidade entre o degradador e o dano cometido.

1.4.3 Dano ambiental

Passados os primeiros pressupostos, chega-se ao dano ambiental, terceiro e último requisito para a configuração da reponsabilidade civil ambiental.

⁴³ O princípio que norteia a inversão do ônus da prova no Código do Consumidor é, em tese aplicável à responsabilidade civil por danos ambientais, pois as razões que justificam a inversão do ônus da prova são comuns em ambos os casos (SAMPAIO, 1998, p. 232).

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 25/08/2009.

O dano, no seu conceito amplo, significa a lesão causada a um bem jurídico. Nas palavras de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2012, p. 92), constitui uma expressão ambivalente, que designa “alterações nocivas ao meio ambiente e os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses”. Logo, o dano atinge o meio ambiente e, reflexamente, a saúde das pessoas, como direito e bem jurídico individual.

Tais autores continuam:

Dano Ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que essa modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses (LEITE; AYALA, 2012, p. 92).

Para Milaré, dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais com consoante degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida (MILARÉ, 2011, p. 1119).

Com relação à norma, o legislador não definiu o conceito de dano ambiental. Entretanto, trouxe dois importantes conceitos: o de degradação ambiental⁴⁵ e o de poluição⁴⁶, expressos nos incisos II e III do artigo 3º da Lei n. 6.938/1981, elucidando as características básicas do dano ambiental.

Frente a essa situação, é possível chegar à conclusão de que o dano ambiental configura uma violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expresso no *caput* da CRFB/1988, considerado um macro-bem, que é constituído pelo conjunto de micro-bens ambientais (nestes casos, uma praia, um rio ou uma floresta, por exemplo). Salienta-se que, por se tratar de dano causado ao meio ambiente, um bem difuso, ele “não preenche os requisitos tradicionais, pois se está diante ‘de um bem incorpóreo, imaterial, autônomo, de interesse da coletividade’” (LEITE; AYALA, 2012, p. 95).

⁴⁵ Lei n. 6.938/1981, Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente (BRASIL, 1981).

⁴⁶ Lei n. 6.938/81. Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; (BRASIL, 1981).

Adentrando um pouco mais no tema, dois conceitos mais aprofundados merecem atenção quanto ao objetivo desse trabalho: o dano ambiental coletivo e o dano ambiental futuro.

Sobre o primeiro, é importante ressaltar a conceituação de meio ambiente como um bem de uso comum, que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais (FIORILLO, 2013, p. 183), constituído como um bem jurídico autônomo, imaterial, difuso, incindível (RODRIGUES, 2005, p. 300). Nas palavras de Herman Benjamin:

Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens matérias em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa (BENJAMIN, 1993, p. 75).

A Lei n. 6.938/1981 conceitua meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, demonstrando o sentido macro do bem ambiental através de um conceito *biocêntrico* (primeira parte do dispositivo) e *ecocêntrico* (segunda parte) (LEITE; AYALA, 2012).

Relacionando-o ao dano ambiental coletivo, Édis Milaré explica que

o dano ambiental coletivo afetam interesses que podem ser coletivos *strictu sensu* ou difusos, conforme definição formulada pelo próprio legislador, a saber: (i) interesses ou direitos *difusos* são “os *transindividuais*, de natureza *indivisível*, de quem sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (ii) interesses ou direitos *coletivos*, são “os *transindividuais* de natureza *indivisível*, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. (MILARÉ, 2011, p. 1121).

Logo, é possível afirmar que o dano ambiental coletivo é a lesão ao macro-bem ambiental difuso, afetando diretamente interesses (que podem ser difusos ou coletivos) de um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas. Além disso, por via reflexa, o dano ambiental aos micro-bens, que constituem o macro-bem, pode causar danos individuais, por afetar outros direitos, como o direito à saúde humana, estampado no artigo 196 da CRFB/1988.

Já o dano ambiental futuro representa um dano reparável, mesmo com as incertezas científicas, causando um enfraquecimento da segurança jurídica para a responsabilidade civil. Por se tratar de um risco, não há um dano atual e nem a certeza de um dano futuro, mas

apenas a probabilidade de dano às futuras gerações. Essa probabilidade é o fator central para condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer) a fim de evitar danos ou minimizar as consequências futuras daqueles já concretizados (NOVELLI, 2011, p. 557). Tal dano tem como fundamento o princípio da precaução, já analisado em tópico anterior.

Visualizados o conceito e alguns atributos inerentes ao dano ambiental, passa-se à observação de algumas peculiaridades do mesmo.

1.5 AS PECULIARIDADES DO DANO AMBIENTAL

O dano ambiental, por violar o direito ao meio ambiente equilibrado possui algumas características próprias, não pertencentes aos bens jurídicos de caráter individual. “A tentativa de comparação do dano ambiental com suas especificidades, cria um grande paradoxo em relação ao dano tradicional, do direito civil, dado o seu caráter interindividual” (LEITE; AYALA, 2012, p. 97). Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 300) entende que os danos ao meio ambiente são autônomos e diversos dos danos pessoalmente sofridos pelos seres humanos.

Comparando-se o dano tradicional do dano ambiental, são encontradas várias diferenças, segundo José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo AYALA (2012). Eis as principais:

1. O dano tradicional está ligado à pessoa e aos seus bens individuais, enquanto que o dano ambiental é difuso e pode gerar um dano ambiental reflexo – no momento em que a lesão também atinge indivíduos. É o que ocorre quando afeta a saúde das pessoas de uma determinada região, em decorrência de um dano ambiental causado nos bens ambientais ofertados por esse lugar.

2. O dano tradicional é definido, certo. Já o ambiental é incerto, pois muitas vezes é de difícil constatação.

3. A lesão individual é atual, via de regra. Já a ambiental pode ser transtemporal (prolonga-se no tempo) e cumulativa (seus efeitos são permanentes ou continuados). Exemplo dessa situação é o caso de epidemia causada na Baía de Minamata, no Japão⁴⁷.

4. A causalidade do dano tradicional é bem mais fácil de comprovação. Para o dano ambiental, a imputação da causalidade é bem mais tormentosa. Isso se deve pelo fato de, muitas vezes, o dano ambiental ser provocado por muitos agentes, dificultando a averiguação da “parcela” de cada um na causação do dano.

5. A prescrição na lesão individual possui prazo determinado para ser questionada em juízo. Já o dano ambiental, em regra, é imprescritível⁴⁸, por violar um direito difuso – o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6. No dano tradicional, o direito adquirido e a estabilidade do ato jurídico são considerados consumados e inalteráveis, salvo exceções à regra. Esse fato, em regra, não ocorre com o dano ambiental.

Ainda, há outras características inerentes ao dano ambiental: o caráter transfronteiriço e extraterritorial – o dano pode atingir várias regiões, como ocorreu com o caso do navio petroleiro *Exxon Valdez*⁴⁹, demonstrando os efeitos sinérgicos da poluição.

A ampla dispersão das vítimas também é uma característica do dano ambiental. Nas palavras de Édis Milaré (2011, p. 1123):

Em primeiro lugar, o dano ambiental se caracteriza pela *pulverização de vítimas*. O dano tradicional – um acidente de trânsito, por exemplo, atinge, como regra, uma pessoa ou um conjunto individualizado ou individualizável de vítimas. Entretanto, não é isso que ocorre com o dano ambiental, em virtude até do tratamento que o Direito dá ao *ambiente*, qualificado como “bem de uso comum do povo”. [...] a lesão ambiental afetam sempre e necessariamente, uma pluralidade difusa de vítimas.

⁴⁷ Na região industrial da Baía de Minamata, no Japão, houve uma epidemia causada por contaminação da água, especialmente pelo mercúrio. Esta epidemia ocorreu em 1953 e foi diagnosticada em 1957, quando ficou demonstrado que os resíduos industriais foram assimilados por espécies marinhas de que se alimentava a população, causando problemas de saúde. As ações reparatórias foram ajuizadas e 1.360 vítimas foram indenizadas (LEITE; AYALA, 2012, p. 167).

⁴⁸ Ressalte-se que esse entendimento não é unânime na doutrina, mas possui parcela significativa de adeptos. Nesse sentido, corrobora Hugo Nigro Mazilli (2004, p. 515): “Também a atividade degradadora contínua não se sujeita a prescrição: a permanência da causação do dano também elide a prescrição, pois o dano da véspera é acrescido diuturnamente”.

⁴⁹ Em 24 de março de 1989, na costa do Alasca, em Bligh Reef, no Estreito de Prince William, o navio petroleiro *Exxon Valdez* encalhou e derramou 41,69 milhões de litros de óleo cru. Nas semanas seguintes, verificou-se que foi degradada uma área de cerca de 2.413 quilômetros quadrados, onde se situavam numerosas reservas naturais. Danificaram-se vários ecossistemas marinhos e o acidente causou a morte de inúmeras espécies protegidas (LEITE; AYALA, 2012, p. 168).

Dois exemplos acerca dessa característica foram os acidentes envolvendo as usinas termonucleares em Chernobil, na Ucrânia, em 1986, e recentemente em Fukushima, no Japão, em 2011, em que milhares, ou quem sabe, milhões de pessoas foram afetadas.

Por fim, a dificuldade de valoração do dano ambiental, pois “a estrutura sistêmica do meio ambiente dificulta ver até onde e até quando se estendem as sequelas do estrago” (MILARÉ, 2011, p. 1124).

Portanto, verifica-se a importância de evitar esses danos (o dano ambiental em sua concepção genérica, coletiva, violador do macro bem ambiental e o dano ambiental futuro), a fim de preservar não só a qualidade ambiental, como também os interesses difusos e coletivos da sociedade e preparar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, efetivando o disposto no *caput* da CRFB/1988.

Seguindo adiante no tema, no próximo capítulo será tratada a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos seus administrados.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: DO CONCEITO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL À RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO SOB OS ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO

Analizada a responsabilidade civil ambiental no seu âmbito genérico, será tratada agora a responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos causados aos seus administrados, já que o tema envolve a responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito público interno – o Município e os danos individuais sofridos pelos administrados.

Considerando que o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a responsabilidade civil dos municípios pelos danos ambientais decorrentes da inexistência ou ineficiência do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, esse capítulo será destinado à verificação da responsabilidade civil do Estado relacionada à sua conduta omissiva.

Ademais, cumpre ressaltar que a responsabilidade explanada neste capítulo é referente à seara administrativa, não podendo ser confundida com a seara ambiental. Também é válido mencionar que se trata de responsabilidade no âmbito extracontratual.

Atente-se que a responsabilidade civil do Estado referida neste trabalho é a resultante de comportamentos omissivos do Poder Executivo, não adentrando na responsabilidade por atos dos Poderes Legislativo ou Judiciário.

2.1 CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

2.1.1 Conceito

Da mesma forma que ocorre com os particulares, o Estado também deve ser responsabilizado por condutas suas que causem danos na esfera individual ou coletiva dos administrados.

Na sua concepção genérica, responsabilidade civil do estado pode ser definida como “o dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1202).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 698) doutrina que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Diferenciando-se da responsabilidade imposta ao particular pelos danos cometidos por ele, a responsabilidade estatal “governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1013), já que seus deveres públicos lhe obrigam a prestações que não pode evitar em cumprir, para evitar transgredir o Direito ou ser omissivo em suas funções.

Entretanto, para que fossem alcançadas as variadas definições sobre a responsabilidade estatal, diversas teorias foram criadas ao longo da história, de modo que será feita uma breve passagem sobre as principais delas.

2.1.2 Evolução histórica e principais teorias

A doutrina não é unânime quando o assunto é responsabilidade civil estatal, ainda mais quando o assunto comentado são as teorias acerca de tal instituto. Em resumo, elas podem ser divididas em três grupos: teoria da irresponsabilidade; teorias civilistas e teorias publicistas.

O início do século XIX reporta a *teoria da irresponsabilidade*, que repousava a ideia de soberania do Estado, considerado autoridade incontestável perante os seus súditos, exercendo a tutela do direito e inexistindo permissão para se agir contra ele. Aplicada no período dos Estados despóticos e absolutistas, essa teoria era amparada em princípios como o de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*) e que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Esses princípios demonstravam que o Rei, soberano, estava imune a qualquer ato que causasse dano aos seus súditos. (DI PIETRO, 2012, p. 699).

“Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema” (CAVALIERI, 2012, p. 253). “O denominado Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre

particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 522). Logo, prevalecia que ao Estado não cabia qualquer responsabilidade pelos atos de seus agentes, pois “sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites dos seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração” (CAVALIERI, 2012, p. 253).

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo, por vários motivos, dos quais podem ser mencionados: a incumbência ao Estado de tutelar o direito, não podendo deixar de responder pelos danos causados a terceiros decorrentes de seus próprios atos (DI PIETRO, 2012, p. 699); do mesmo modo, por se tratar de pessoa dotada de personalidade jurídica, titular de direitos e obrigações, ele também deveria se submeter à lei (CAVALIERI, 2012, p. 253); e, ademais, pelo próprio Estado ser o guardião do Direito, não podendo deixar ao desamparo o cidadão que sofrer prejuízos por seus atos (CAVALIERI, 2012). Segundo Pinto, (2008, p. 70), “a concepção de que também o Estado deve se subordinar às leis, consagrada após às Revoluções Liberais, levou à superação da fase da irresponsabilidade”.

Dessa forma, em meados do século XIX, a tese da irresponsabilidade do Estado restou superada, surgindo uma nova fase, através das *teorias civilistas*. Essas teorias foram importantes para a evolução do conceito atual de responsabilidade civil.

A primeira delas, denominada *teoria dos atos de império e gestão*, distinguia os atos de império dos atos de gestão. Segundo Yussef Said Cahali (2007, p. 22 - 23):

Agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supraindividual, os atos praticados nessa qualidade, atos de *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação. Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.

De acordo com essa teoria⁵⁰, somente quanto aos atos de gestão o Estado poderia ser responsabilizado pelos danos causados aos seus administrados – distinguia-se a pessoa do Rei (atos de império) da pessoa do Estado (atos de gestão). Aqueles seriam atos coercitivos,

⁵⁰ Segundo Di Pietro (2012, p. 699), os atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular, independente de autorização judicial, não podendo os particulares praticar atos semelhantes. Já os atos de gestão seriam praticados em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.

decorrentes do poder soberano do Estado, ao passo de que estes seriam mais próximos com os atos de Direito Civil (CARVALHO FILHO, 2009, p. 522). Contudo, surgiu grande oposição a essa teoria, motivada, em grande parte, pelo fato da impossibilidade de divisão da personalidade do Estado, como também pelo grande número de vítimas dos atos de império emanados pelo Estado.

Adveio, então, a *teoria da culpa civil* ou *teoria da responsabilidade subjetiva*, através da qual foram adotados os princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, mandante, preponente, representante) (CAVALIERI, 2012, p. 254).

Apesar de ainda insatisfatória para a sua finalidade, segundo Di Pietro (2012, p. 700), “alguns autores continuaram apegados a essa doutrina, aceitando a responsabilidade do Estado, desde que demonstrada a sua culpa. Procurava-se comparar a responsabilidade do Estado à do patrão”. A sua influência serviu de inspiração ao Direito Brasileiro, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado do Código Civil de 1916⁵¹.

Segundo alguns doutrinadores, vigorou, ainda nesse período, a *teoria do órgão*, idealizada por Otto Gierke, em que o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos que atuam. A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes do Estado (CAVALIERI, 2012, p. 254).

Entretanto, a jurisprudência encontrava dificuldades para distinguir as faltas do agente atrelado à função pública e as faltas dissociadas de sua atividade. A teoria civilista da culpa passava ao menos como uma forma de atenuação da teoria da irresponsabilidade, deixando vítimas desamparadas, dúvidas e confusões. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 523). Por esses motivos, verificou-se que a teoria civilista da culpa não estava oferecendo uma resposta razoável aos anseios da sociedade.

Houve, então, uma nova mudança de paradigma.

⁵¹ Lei n. 3.071/1916, Art. 15. *As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano* (BRASIL, 1916).

O primeiro passo nesse sentido foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso *Blanco*, ocorrido em 1873⁵². Segundo Hely Lopes Meirelles (2012, p. 713), tornaram-se inaplicáveis os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da administração pelos danos causados aos administrados, em que coube aos Princípios de Direito Público nortear a fixação dessa responsabilidade.

Diante dessa situação, surgiram as chamadas teorias publicistas, destacando-se como principais: a *teoria da culpa do serviço* (ou culpa administrativa) e a *teoria do risco* (dividindo-se em *teoria do risco integral* e *teoria do risco administrativo*). Inclusive, “a criação das primeiras teorias publicistas coincide com a própria elaboração do direito administrativo enquanto disciplina autônoma” (PINTO, 2008, p. 74).

A *teoria da culpa do serviço*⁵³ procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. A culpa se refere ao serviço público (DI PIETRO, 2012, p. 701). No caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal. “O dever de indenizar do Estado decorre da falta de serviço, já não da falta do servidor” (CAVALIERI, 2012, p. 255). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

A culpa do serviço ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação de culpa do funcionário (DI PIETRO, 2012, p. 701).

Segundo Carvalho Filho (2009, p. 523), a falta do serviço poderia se consumir de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Bandeira de Mello corrobora:

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou ‘falta de serviço’, quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. [...] É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço [...] não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade subjetiva [...] para a sua deflagração, não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre

⁵² “O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo Princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado ‘não é nem geral nem absoluta’ e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável à falta de lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1018).

⁵³ Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 523), “a teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou.”

que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1019 - 1020).

Cavalieri (2012, p. 255) enaltece que “a falta de serviço público não está ligada à ideia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa.”.

O fator negativo dessa teoria se relaciona à vítima, pelo fato de caber a ela o ônus de provar o elemento culpa, ou seja, a falta de serviço. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na descrição de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 255), cabe à vítima comprovar a não prestação do serviço a fim de configurar a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado.

Entretanto, há autores que advogam o pensamento oposto, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1020), expondo que “necessariamente haverá de ser admitida uma ‘presunção de culpa’ [...] ante a extrema dificuldade de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos”. Nesse caso, a vítima do dano fica desobrigada a comprová-la. Cavalieri (2012, p. 256) enfatiza que em inúmeros casos de responsabilidade pela *falta de serviço* admite-se a presunção de culpa em face da extrema dificuldade de se provar o ocorrido.

Com o fundamento de que o Estado detinha prerrogativas as quais os administrados não possuíam, além de ser um sujeito jurídico, político e economicamente mais poderoso, (CARVALHO FILHO, 2009, p. 524), novas ideias foram pensadas a fim de ilidir certos prejuízos dos administrados decorrentes da atividade estatal, baseada na teoria de que o Estado, por possuir essas características, deveria arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades. Chegou-se a uma nova posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. (CAVALIERI, 2012, p. 256).

Sem abandonar a teoria anterior, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a *teoria do risco*, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. (DI PIETRO, 2012, p. 701). De acordo com Marcia Andrea Buhring (2004, p.108), os critérios subjetivos não eram suficientes para atender a todos os danos causados pelo Estado, necessitando de complementação, que passou a ser buscada na teoria do risco. Ademais, segundo Cavalieri,

Nesta fase, descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular. (CAVALIERI, 2012, p. 256).

Em relação à Administração Pública (Estado, na acepção de Hely Lopes Meirelles), segundo a *teoria do risco integral*, esta “ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima” (MEIRELLES, 2012, p. 715). Ainda, segundo o administrativista, essa teoria jamais foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já para a *teoria do risco administrativo*⁵⁴, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado (DI PIETRO, 2012, p. 701). Bandeira de Mello cita a jurisprudência administrativa francesa como início da ampliação da proteção dos administrados:

Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente *objetiva*, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, *responsabilidade pelo risco* administrativo, ou, de todo modo, independente do comportamento censurável juridicamente. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1022).

De acordo com Cavalieri (2012, p. 257), a teoria pode ser assim formulada:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da coletividade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, a que todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.

Para essa teoria não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa dos seus agentes. Portanto, não se cogita a culpa do Estado ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público (MEIRELLES, 2012, 726).

Em síntese, “a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa” (CAVALIERI, 2012, p. 257).

Realizada esse breve histórico sobre a responsabilidade civil do Estado, serão analisadas agora as principais teorias acolhidas pelo ordenamento jurídico brasileiro ao longo de sua história, para, posteriormente, verificar as teoria referentes à responsabilidade por omissão do Estado que atualmente são aplicadas no sistema jurídico brasileiro.

⁵⁴ “Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração de Direitos do Homem, de 1789” (DI PIETRO, 2012, p. 701).

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Levando em consideração a legislação na história brasileira, em especial os textos constitucionais, percebe-se que houve uma pequena variação sobre as teorias filiadas.

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro (DI PIETRO, 2012, p. 703); (CAVALIERI, 2012, p. 258).

“Na Constituição de 1824, o item 29 do artigo 179 consagrava a responsabilidade dos agentes públicos, em lugar da responsabilidade do Estado” (PINTO, 2008, p. 69). Já as Constituições de 1811 e de 1824 “não continham previsão acerca da responsabilidade do Estado, mas apenas do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções” (PINTO, 2008, p. 69).

Em 1916, o antigo Código Civil adotou a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, em seu artigo 15, segundo a doutrina majoritária (CARVALHO FILHO, 2009, p. 525); (DI PIETRO, 2012, p. 703); (CAVALIERI, 2012, p. 259).

Com rasa evolução em relação às anteriores, “a Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, nos termos do seu artigo 171. A mesma norma se repetiu no artigo 158 da Constituição de 1937” (PINTO, 2008, p. 72). Nesse ponto, trata-se de “solidariedade que coloca o Estado em situação similar à do servidor para efeitos de responsabilização, sob o regime de responsabilidade subjetiva em sua vertente civilista” (PINTO, 2008, p. 72 – 73).

A responsabilidade objetiva só passou a ser consagrada com o advento da Constituição de 1946, em seu artigo 194⁵⁵, com a adoção da teoria do risco administrativo (MEIRELLES, 2012, p. 716 - 717); (CAVALIERI, 2012, p. 259 – 260); (DI PIETRO, 2012, p. 703); (CARVALHO FILHO, 2009, p. 526).

Segundo Cavalieri (2012, p. 260),

Uma vez entronizada no texto constitucional brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado de lá não foi mais retirada. Até mesmo nas Constituições de 1967 e de 1969, outorgadas pelo regime militar autoritário, foi ela mantida nos arts. 105 e 107, respectivamente, nos mesmos termos da Constituição de 1946.

⁵⁵ CEUB/1946, Art. 194. *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.*
Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes (BRASIL, 1946).

Destarte, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, dispensando o elemento culpa. (CAVALIERI, 2012). “A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior” (PINTO, 2008, p. 87). “Na Emenda n. 1, de 1969, a norma foi estampada no artigo 107” (PINTO, 2008, p. 87).

Com a promulgação da CRFB/1988, permaneceu a regra da responsabilidade objetiva, consagrada no artigo 37, § 6º, *in verbis*:

Art. 37. [...] § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2012, p. 717), o § 6º do art. 37 da Constituição atual “seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da Administração*, sob a modalidade do risco administrativo”.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 43⁵⁶, de forma geral, acompanhou o que havia sido delimitado pelo artigo 37, § 6º da CRFB/1988, apenas atrasado em relação à exclusão das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público no dispositivo (DI PIETRO, 2012, p. 704). Entretanto, manteve a regra da responsabilidade civil objetiva, não repetindo a norma do artigo 15 do CC de 1916.

Portanto, percebe-se que, em seu aspecto legal, através do artigo 37, § 6º da CRFB/1988, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a responsabilidade objetiva, como regra, baseada na *teoria do risco administrativo* para a responsabilização do ente estatal no caso de danos provocados aos seus administrados por sua conduta comissiva.

Entretanto, nos casos de danos provenientes de omissão do Estado, há divergência tanto doutrinária⁵⁷ quanto jurisprudencial^{58 59} em relação à natureza da responsabilidade auferida (objetiva ou subjetiva). Ambas as situações serão abordadas em tópicos apartados.

⁵⁶ Lei n. 10.046/2002, Art. 43. *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo* (BRASIL, 2002).

⁵⁷ “Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito, da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de

Pacífico, ao menos, é o entendimento sobre ação regressiva que o Estado haverá contra o agente que deu causa ao dano. No momento em que o Estado provoca um dano ao particular, ele tem direito de ingressar em juízo contra o agente causador do dano. O direito de regresso é exercido sob a ótica da responsabilidade subjetiva, devendo o Estado comprovar a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade entre eles e a culpa do agente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 704) afirma que “no dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público”.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 530 – 531), explicando a duplicidade de relações jurídicas, dispõe que o Estado pode exercer o seu direito de regresso contra o agente responsável nos casos de culpa ou dolo, já que a CRFB/1988 vinculou as partes à teoria da responsabilidade subjetiva, delimitando que há dois tipos de responsabilidade civil previstos no artigo 37, § 6º: a do Estado, sujeito à responsabilidade objetiva e a do agente estatal, sob a qual incide a responsabilidade subjetiva.

Sobre a definição de agente público, Di Pietro (2012, p. 705) explica que “abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço”. Segundo Carvalho Filho (2009, p. 530), “o termo agente tem sentido amplo, não se confundindo com servidor [...] na noção de agente estão incluídas todas aquelas pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, sejam elas dos mais elevados níveis hierárquicos e tenham amplo poder decisório”. Cavalieri (2012, p. 266) entende que “incluem-se na qualidade de agente público desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal”. Helena Elias Pinto (2008, p. 88) também concorda que o “sentido do vocábulo agente é o mais amplo possível, abrangendo as categorias de agentes políticos, administrativos e até particulares em colaboração com a Administração, bem como estagiários, terceirizados e até voluntários”.

Portanto, “são agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes de vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem

omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço (DI PIETRO, 2012, p. 709).

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, AgRg no AI n. 852.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 27/08/2013.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 471.606/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 02/08/2007.

remuneração, enfim, todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 530).

A partir de agora, serão analisados os principais entendimentos quanto à natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão: a responsabilidade civil objetiva, com fulcro no artigo 37, § 6º da CRFB/1988, baseada na *teoria do risco administrativo*; e a responsabilidade subjetiva, baseada na *teoria da falta do serviço* ou *culpa anônima do serviço*.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A responsabilidade civil do Estado decorrente de atos omissivos não encontra consenso na doutrina. Cavalieri (2012, p. 266) questiona: “a atividade que alude o art. 37, § 6º da Constituição, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva? Essa questão é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência pelo que merece algumas considerações”.

Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público (DI PIETRO, 2012, p. 709).

Na jurisprudência ocorre a mesma discordância, inclusive no âmbito interno dos tribunais superiores, a exemplo do STF⁶⁰, em que é possível encontrar posições divergentes em acórdãos proferidos pelo mesmo tribunal.

Helena Elias Pinto distingue quatro correntes doutrinárias acerca do tema:

Podem ser apontadas quatro linhas de entendimentos doutrinários mais importantes sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão: **i) Os que defendem a responsabilidade subjetiva (entendem não aplicável o dispositivo constitucional que trata da responsabilidade objetiva do Estado aos casos de omissão, porque a omissão não pode ser considerada causa do dano);** ii) Os adeptos da responsabilidade subjetiva com objetivação da culpa, com a unificação do tratamento da ação e da omissão (defendem que é esse o sentido do preceito

⁶⁰ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no Supremo Tribunal Federal, existem acórdãos nos dois sentidos. “Pela responsabilidade objetiva, citem-se os acórdãos da 1ª Turma, proferidos no RE-109-615-2-RJ, tendo como Relator o Ministro José Celso de Mello (j. 28-5-96, v.u.), e RE-170.014-9-SP, sendo Relator o Ministro Ilmar Galvão (j. 31-10-97, v.u.). Pela responsabilidade subjetiva, os acórdãos da 2ª Turma, proferidos no RE-180-602-8-SP, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio (j. 15-12-1998, v.u.) e RE-170-147-1-SP, sendo Relator o Ministro Carlos Velloso (j. 12-12-97, v.u.)” (DI PIETRO, 2012, p. 711).

constitucional); **iii) Os partidários da responsabilidade objetiva (admitem ser possível “causar” um resultado mediante comportamento omissivo e, portanto, entendem aplicável à responsabilidade por omissão o dispositivo constitucional;** iv) Os que acolhem a possibilidade de a responsabilidade ser subjetiva (como regra geral) ou objetiva (em casos especiais). (PINTO, 2008, p. 155 - 156, *grifo nosso*).

Portanto, percebe-se que há uma pluralidade de entendimentos acerca da natureza da responsabilidade utilizada.

Desse modo, serão analisadas as posições referentes à responsabilidade civil do Estado por omissão com mais adeptos na doutrina e na jurisprudência⁶¹, quais sejam: a responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, com fulcro no artigo 37, § 6º da CRFB/1988 (item “iii”); e a responsabilidade civil subjetiva, baseada na teoria da falta do serviço, ou culpa anônima do serviço (item “i”).

2.3.1 Responsabilidade civil do Estado por omissão sob o aspecto objetivo

A responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão tem por fundamento o artigo 37, § 6º, que, segundo a corrente que a defende, teria incluído também os casos de omissão além dos atos comissivos, já que o ordenamento jurídico não previu em sua legislação a responsabilidade civil do Estado sob a natureza subjetiva. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 269), “inúmeros juristas entendem que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo”, destacando-se Hely Lopes Meirelles, Yussef Said Cahali e Celso Ribeiro Barros. Tal posicionamento tem por base a teoria do risco administrativo, assunto já explanado em tópicos anteriores.

Di Pietro menciona que “a maioria da doutrina parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão” (DI PIETRO, 2012, p. 710). Para Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 267), o artigo 37, § 6º da CRFB/1988 não se refere apenas à atividade comissiva do Estado, mas também à omissiva, sendo a regra vigente no ordenamento jurídico brasileiro:

⁶¹ De acordo com Elias Helena Pinto, “durante o período em que o Código Civil de 1916 esteve em vigor e conviveu com as Constituições Federais de 1946 e 1967, a abordagem do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como na doutrina pátria correspondia a uma dicotomia entre as correntes subjetivista e objetivista, com razoável predominância da primeira” (PINTO, Elias Helena, 2008, p. 57). Ademais, quanto à responsabilidade do Estado por omissão, “as dissonâncias doutrinárias se refletem nos julgados do STF, podendo ser constatada a existência de duas teses adotadas com força relativamente equivalente: de um lado, a responsabilidade objetiva, fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e, de outro, a responsabilidade subjetiva, com fundamento na culpa anônima” (2008, p. 178).

A regra, com relação ao Estado, é a responsabilidade objetiva, fundada no *risco administrativo* sempre que o dano for causado por agente público nessa qualidade, sempre que houver uma relação de causa e efeito entre a atuação administrativa e o dano, quer por comissão ou omissão específica (CAVALIERI, 2012, p. 289).

Estão de acordo que é a regra do ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva fundada no *risco administrativo* (portanto, sem a aferição de culpa) em que a omissão estatal é fato gerador do dano, os doutrinadores Hely Lopes Meirelles (2012, p. 719), José Cretella Júnior (2000, p. 90), Yussef Said Cahali (2007, p. 39), Toshio Mukai (1999, p. 528), Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 213), Guilherme Couto de Castro (2000, p. 61 - 62), Mônica Nicida Garcia, (2004, p. 199 - 200) e Odete Medauar (2005, p. 430). O STF, de acordo com Alvinho Lima e Helena Pinto (2008, p. 76), mesmo antes do advento da Constituição de 1946, já apontava para a aplicabilidade da teoria do risco. Ainda, dentre os adeptos, na doutrina brasileira, que defende a aplicabilidade da responsabilidade objetiva do Estado no caso de omissão destacam-se Gustavo Tepedino, Maria Emília Mendes de Alcântara, Flávio de Araújo Willeman e Juarez Freitas (PINTO, 2008, p. 170 - 172).

No entanto, para enquadrar a omissão estatal no artigo 37, § 6º da CRFB/1988, é necessário que a omissão seja específica. Em outras palavras, ela deve ser a causa do dano. Cavalieri distingue o gênero omissão em duas espécies: genérica e específica. A omissão específica se rege pela responsabilidade objetiva, e a genérica pela subjetiva, a qual será tratada na subseção referente à responsabilidade subjetiva.

Sobre a omissão específica, afirma o autor:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. [...] Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de se impedir o resultado. (CAVALIERI, 2012, p. 268).

Guilherme Couto de Castro, nas palavras de Helena Pinto (2008, p. 175), também diferencia a omissão genérica da omissão específica (quando há dever individualizado de agir). Interpretando o artigo 37, § 6º da CRFB/1988, Carlos Roberto Gonçalves entende que a omissão, como causa direta, também está abrangida pelo dispositivo:

Pode-se, assim, afirmar que a jurisprudência, malgrado alguma divergência, tem entendido que a atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange tanto a conduta comissiva quanto à omissiva. **No último caso, desde que a omissão seja a causa direta e imediata do dano** (GONÇALVES, 2011, p. 159, *grifo nosso*).

Adentrando na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina possui entendimento pacífico sobre a dualidade omissão específica/responsabilidade objetiva, citada em inúmeros julgados, dentre os quais podemos destacar o seguinte:

(...) havendo uma omissão específica, o Estado deve responder objetivamente pelos danos dela advindos. Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa.⁶²

Em suma, no caso de omissão específica, o Estado torna-se causador do dano, e, pelo qual, lhe é aplicado o regime da responsabilidade objetiva, pois cria um risco apto a gerar o dano em virtude da não obediência de um dever individualizado de agir.

Com relação à jurisprudência nacional, a regra da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, em que a omissão é considerada causa do dano, vem sendo aplicada pelo STF, observada na voz de vários dos seus acórdãos⁶³. Destaca-se, dentre eles, como caso paradigma⁶⁴, o Recurso Extraordinário n. 109.615-2/RJ, da Primeira Turma:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. [...] O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios

⁶² Tribunal de Justiça de Santa Catarina, AC n. 2014.016940-0, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 06/05/2014.

⁶³ Segundo dados levantados pela doutrinadora Helena Elias Pinto (2008, p. 62 – 67), de 1946 a 2006 foram encontrados 62 acórdãos sobre responsabilidade civil do Estado por omissão: entre as Constituições de 1946 e 1967, foram 12 acórdãos (11 acolhendo a responsabilidade subjetiva e 1 sem adoção de um dos sistemas); entre as Constituições de 1967 e 1988, 11 acórdãos (10 acolhendo a tese subjetiva e 1 não utilizando nenhuma das teses); e entre 1988 e 2006, foram 39 acórdãos: 10 acolhendo a tese da responsabilidade subjetiva; 13 sem adoção de um sistema; e 16 acolhendo a tese da responsabilidade objetiva. Isso demonstra a tendente evolução da responsabilidade objetiva, cada vez mais utilizada no referido tribunal. Em contrapartida, observa-se um tendente declínio da adoção da responsabilidade subjetiva.

⁶⁴ É nesse julgamento (RE n. 109.615-2/RJ) que, pela primeira vez, o STF condenou o Estado por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva (PINTO, 2008, p. 168).

necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. **A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino (grifo nosso).**⁶⁵

Dentre os acórdãos mais recentes acerca da matéria, encontra-se o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 852.237/RS, proferido pela Segunda Turma, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Tal acórdão aponta que a omissão estatal configurou a situação de fato geradora do evento danoso, logo, causa direta do dano:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – HOSPITAL PÚBLICO QUE INTEGRAVA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR, A ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE – FATO DANOSO PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO – OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS [...] Como se sabe, a **teoria do risco administrativo**, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a **responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º)**. Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à **omissão do agente público** – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, **independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado (grifo nosso).**⁶⁶

Também no Superior Tribunal de Justiça, apesar da jurisprudência da Corte se firmar no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, é possível encontrar acórdãos sob o crivo da responsabilidade objetiva, gerando a responsabilidade civil do ente público pela omissão específica de um dever. É o que colaciona o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 130.525-9/SC, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, em acórdão proferido pela Segunda Turma, *in verbis*:

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, RE n. 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 28/05/1996.

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, AgRg no AI n. 852.237/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 25/06/2013.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CARACTERIZADA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** 1. Na hipótese dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária visando à condenação do Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização pelos danos que suportaram com o suicídio de um parente em uma cela de presidiária. 2. O Tribunal de origem não condenou o Poder Público, em razão da ausência de nexo de causalidade entre eventual omissão estatal e o falecimento do preso. 3. Contudo, **a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado (grifo nosso).**⁶⁷

Diante disso, é possível afirmar que, atualmente, há aplicação da responsabilidade civil objetiva pelos tribunais superiores nos casos de omissão do Estado, configurada na não observância de um dever específico de agir e o enquadrando como causador do dano, com fulcro nos artigos 37, § 6º da CRFB/1988 e no artigo 43 do Código Civil de 2002.

Passando adiante, para a aferição de tal responsabilidade, é necessário o preenchimento dos pressupostos para configurar a responsabilidade civil estatal objetiva.

Tanto na doutrina como na jurisprudência^{68 69} não há uma uniformidade em relação aos pressupostos, variando, principalmente em relação à terminologia.

A corrente doutrinária majoritária, de acordo com o artigo 37, § 6º da CRFB/1988, delimita os pressupostos essenciais para a configuração da responsabilidade civil em: fato administrativo (que, no caso, é a omissão específica estatal provocada por um de seus agentes, nessa qualidade), o dano, e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Seguem essa linha Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 287), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), José dos Santos

⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 130.525-9/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 02/04/2013.

⁶⁸ Para a Segunda Turma do STF, os elementos que configuram a responsabilidade civil objetiva baseada no artigo 37, § 6º da CRFB/1988 são: (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (Supremo Tribunal Federal, AgRg no AI n. 852.237, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 25/06/2013).

⁶⁹ Para a Primeira Turma do STJ, basta a omissão estatal, o dano e o nexo de causalidade entre o fato da omissão e o dano: “Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.103.840/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 02/04/2009).

Carvalho Filho (2009) e a própria jurisprudência do STF, segundo Helena Pinto (2008, p. 115).

Para Carvalho Filho (2009, 531- 532) o fato administrativo é

considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo [...] O segundo pressuposto é o *dano*. O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa.

Já Helena Elias Pinto (2008, p. 115), com uma visão diferenciada, indica, como pressupostos: fato imputável ao Estado, o dano e o nexo de causalidade. Segundo a autora, é mais adequado indicar fato imputável ao Estado como pressuposto do que fato administrativo. Isso por que há casos em que não há propriamente uma conduta (2008, p. 116). Entretanto, essa terminologia preferida pela autora tem caráter meramente ilustrativo, segundo a mesma, já que cada autor adota o seu entendimento. Odete Medauar, diferenciando da doutrinadora Helena Pinto (2008, p. 116), faz o uso da expressão ação ou omissão administrativa. José Cretella Júnior, nas palavras de Helena E. Pinto (2008, p. 116) indica a existência de ato ou fato da administração.

O essencial é que “deverá ser aferida, em um primeiro momento, a mera existência de um vínculo de imputação abstrato entre o fato e o Estado” (PINTO, 2008, p. 117).

Com relação ao nexo de causalidade, as teorias aqui são as mesmas aplicadas no Capítulo 1, Subseção 1.4.2, não necessitando explaná-las novamente. Pode-se conceituá-lo⁷⁰ como a relação de causa e efeito entre o fato administrativo e o dano. Ademais,

É preciso observar que uma análise mais atenta, sobretudo nos casos de omissão, revela que o nexo de causalidade deve ser visto sob a dimensão normativa, a qual conduzirá à pergunta: o Estado tinha o dever de impedir o resultado? Se a resposta for positiva, estará configurada a responsabilidade civil estatal (PINTO, 2008, p. 136).

Em atenção ao dano, trata-se, em síntese, da “ablação ou diminuição de um bem jurídico”, ou seja, “a lesão indenizável de um bem jurídico, seja patrimonial ou moral” (PINTO, 2008, p. 118). “A evolução da responsabilidade culminou com o reconhecimento de duas formas de dano – o dano material (ou patrimonial) e o dano moral” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 521).

⁷⁰ Helena Elias Pinto (2008, p. 122) define que o nexo de causalidade deve ser compreendido como “um vínculo de caráter normativo entre dois fatos: o antecedente (fato imputável ao Estado) e o consequente (o dano)”.

No caso do presente trabalho, o direito subjetivo atingido é a saúde de cada pessoa, que, em conjunto, consubstancia a saúde pública. Além disso, a violação ao macro bem (meio ambiente *latu sensu*) pode, por via reflexa, atingir direitos subjetivos fundamentais (saúde humana) que ensejam uma indenização pelo ente ofensor na hipótese do ofendido sofrer um dano. Tais direitos serão melhores abordados no Capítulo 3, Subseção 3.1.1.

Em resumo, no sistema de responsabilidade objetiva “é suficiente a prova dos três aspectos indicados.” (PINTO, 2008, p. 137).

Portanto, sob a ótica da responsabilidade objetiva, a omissão do Poder Público quanto a um dever específico de agir, através de um de seus agentes, nessa qualidade, é considerada causa direta e imediata para a perpetração de um dano ao particular, configurando a responsabilidade civil do ente estatal, desde que verificado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano, com fundamento no artigo 37, § 6º da CRFB/1988.

2.3.2 Responsabilidade civil do Estado por omissão sob o aspecto subjetivo

Apesar de não haver disposição legal acerca da responsabilidade subjetiva do Estado por suas condutas omissivas, que, segundo alguns autores (CARVALHO FILHO, 2009, p. 529), não foi incluída a conduta omissiva nos artigos 37, § 6º da Constituição Federal e 43 do Código Civil de 2002 (e sim somente os atos comissivos), o número de casos jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro é elevado, especialmente nos acórdãos do STF⁷¹, que demonstram a aplicação com base na teoria da falta do serviço público (ou culpa anônima do serviço público). Além disso, esse sistema possui grande número de adeptos no aspecto doutrinário. “O fato de não ter sido reproduzido no Código Civil de 2002 o art. 15 do Código Civil de 1916 não permite concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado foi banida de nossa ordem jurídica” (CAVALIERI, 2012, p. 288).

Segundo Di Pietro (2012, p. 709), “a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável)”. De acordo com

⁷¹ Segundo Helena Elias Pinto (2008, p. 156 - 157), “a corrente subjetivista é a de maior peso na tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao conjunto de decisões proferidas a partir de 1946 até o final de 2006. Foram identificados 32 (trinta e dois) acórdãos no sentido da responsabilidade subjetiva, de um total de 62 (sessenta e dois) casos de responsabilidade civil por omissão, ou seja, a metade mais um”.

essa teoria, conforma já enfatizado na digressão histórica, o Estado responde desde que o serviço (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. (CAVALIERI, 2012, p. 287); (MEIRELLES, 2012, p. 714); (CARVALHO FILHO, 2009, p. 523). “Pode-se mencionar, entre outros que adotam⁷² a responsabilidade civil subjetiva em caso de omissão, José Cretella Júnior, Yussef Said Cahali, Álvaro Lazzarini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello” (DI PIETRO, 2012, p. 710), além de Diógenes Gasparini, Renan Miguel Saad, Lúcia Valle Figueiredo e Cláudio Brandão de Oliveira (PINTO, 2008, p. 162 - 164).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de enquadrar a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de omissão, conforme pode ser verificado em diversos julgados.⁷³

Convém destacar que essa teoria sofre uma pequena divisão.

Conforme define Cavalieri (2012, p. 287 - 288), há duas correntes. Ambas as posições entendem que a omissão não é causa direta do dano; ela apenas concorre para a perpetração deste. Por conta disso, caso o Estado tivesse agido diante do seu dever legal, tal conduta teria o condão de evitar o dano, como se verá adiante.

A primeira delas, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1029), sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração Pública sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes de eventos que teria o dever de impedir. Aduz que a responsabilidade do Estado por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito, e, assim sendo, configuraria a responsabilidade subjetiva.

A outra corrente defendida por Cavalieri (2012, p. 289), divide a omissão em omissão específica e omissão genérica. Já tratada na seção anterior, a omissão específica gera a responsabilidade objetiva. Somente os casos de omissão genérica (e não qualquer caso de omissão) é que ensejaria a responsabilidade subjetiva. Adotar-se-á, neste trabalho, este posicionamento (omissão genérica – responsabilidade subjetiva).

⁷² “Trata-se de teoria que se encontra presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...] sendo o seu maior expoente o Ministro Carlos Velloso” (PINTO, 2008, p. 75).

⁷³ Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.228.224/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 03/05/2011; Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp n. 302.747/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 16/04/2013; Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.230.155/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 05/09/2013.

Pois bem, segundo Di Pietro (2012), a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado. “No caso de omissão do Poder Público, os danos em regra não são causados por agente público. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o *dever* de agir, se omitiu” (DI PIETRO, 2012, p. 710). E prossegue: “Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano”.

Cavaliere define que a omissão genérica “tem lugar quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva” (CAVALIERI, 2012, p. 268). De acordo com o autor (2012, p. 269), “a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pelo qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que, se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público, o dano poderia ter não ocorrido”. O Estado, nesses casos, tem o dever de evitar o resultado. Helena Elias Pinto (2008, p. 79) define que “nos casos de omissão, haverá sempre um outro fator que, acontecendo em paralelo à omissão estatal, será a causa direta do dano”.

Carlos Roberto Gonçalves, defendendo a responsabilidade subjetiva no caso de omissão (2011, p. 156), doutrina que “quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é condição do dano, porque propicia a sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano”. Ademais, “O Estado responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar de obstar àquilo que podia impedido e estava obrigado a fazê-lo” (GONÇALVES, 2011, p. 157). Carvalho Filho (2009, p. 538) sustenta que “somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente”. Cláudio Brandão de Oliveira (*apud* PINTO, p. 164) enaltece que “nas hipóteses de omissão, é necessário que fique caracterizado que de alguma forma o Poder Público contribuiu para a ocorrência do dano”.

E essa omissão genérica é o que enquadra o município como responsável pelos danos individuais (via reflexa dos danos ambientais) decorrentes da falta ou ineficiência na prestação do serviço público de esgotamento sanitário. Conforme será visto no Capítulo 3, a conduta omissiva do município não é causa, mas condição para a ocorrência do dano. O ente municipal se omite na prestação, direta ou indireta, do serviço público de esgotamento

sanitário por permanecer inerte quanto aos deveres infraconstitucionais e constitucionais relacionados ao tema, consubstanciando a omissão genérica. Inclusive, em acórdão paradigmático⁷⁴, o STJ entendeu que “a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido por imposição legal”.

Helena Elias Pinto enfatiza:

É que quando se imputa ao estado um comportamento omissivo gerador de um dano, certamente o que causou o dano do ponto de vista naturalístico não foi diretamente a conduta do agente público, mas um ato de terceiro, da própria vítima ou um fato da natureza. O evento não se produz jamais pela omissão em si, mas pelas forças naturais que operam paralelamente a ela. Será então preciso avaliar se a omissão do estado é juridicamente relevante (PINTO, 2008, p. 139).

Com relação aos pressupostos, muitas são as posições adotadas, do mesmo modo que a responsabilidade objetiva. Para o STJ, basta a “presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público”⁷⁵. Já no Supremo Tribunal Federal, há acórdão exigindo como requisitos a omissão, o nexo de causalidade, o dano e a culpa *latu sensu* (dolo) ou *strictu sensu* (negligência, imprudência ou imperícia). Ademais, demonstrando a grande variação de posicionamentos que há sobre o tema, o acórdão fundamenta a falta do serviço com base no artigo 37, § 6º da CRFB/1988:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.⁷⁶

No entendimento doutrinário majoritário, os pressupostos para a configuração da responsabilidade do Estado são o fato administrativo (omissão genérica), dano, nexo de causalidade entre o fato e o dano, e a culpa. Seguem essa corrente José dos Santos Carvalho

⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 647.493/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 22/05/2007.

⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.230.155/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 05/09/2013.

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal, RE n. 382.054, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 03/08/2004.

Filho (2009, p. 539) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Helena Elias Pinto (2008, p. 137) entende que os pressupostos são: fato imputável ao Estado, o dano e o nexo de causalidade e a culpa administrativa (falta do serviço ou culpa do serviço).

Debate interessante se observa quanto ao conceito de culpa para este caso. Alguns autores entendem que a culpa se traduz na própria falta do serviço (CAVALIERI, 2012, p. 269). Para outros, a culpa origina-se do descumprimento do dever legal de impedir a consumação do dano (CARVALHO FILHO, 2009). Outros⁷⁷, ainda, entendem como a culpa clássica, decorrente do ato ilícito, como observado nos tribunais superiores.

Portanto, no entender do autor, são necessários, para a configuração da responsabilidade subjetiva do Estado, os seguintes pressupostos: fato administrativo (omissão do estado quando à observância de um dever genérico como condição do dano), dano, nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa, exteriorizada na falta ou ineficiência do serviço público prestado – no presente caso, o esgotamento sanitário.

2.3.3 Excludentes da responsabilidade do Estado e o ônus da prova

Fundamento da responsabilidade civil do Estado, o nexo de causalidade poderá deixar de existir quando a conduta não for considerada a causa do dano (responsabilidade objetiva) ou condição do mesmo (responsabilidade subjetiva). Alguns atos e fatos tem o condão de rompê-lo, eximindo o Estado de dever de ressarcir os danos, ainda que ocorra a sua conduta omissiva.

Utilizando uma interpretação extensiva, em termos gerais, Helena Elias Pinto (2008, p. 141) delimita as hipóteses de exclusão da responsabilidade do Estado:

Em resumo, as hipóteses que resultam em exclusão da responsabilidade do Estado são: a força maior, o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro, a legítima defesa (em relação ao autor da agressão injusta), o consentimento do lesado (com relação a bens disponíveis) e a ausência de antijuridicidade do dano.

Com relação à responsabilidade objetiva, via de regra, as excludentes capazes de romper o nexo causal e ilidir a responsabilidade do Estado são a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro, e, como fator atenuante, tem-se a culpa concorrente

da vítima (DI PIETRO, 2012, p. 707); Para Cavalieri, encontram-se os fenômenos da natureza e o fato de terceiro (CAVALIERI, 2012, p.286), já que tais fatos são estranhos à atividade administrativa, do qual não guardam nenhum nexo de causalidade entre o fato e o dano. Gonçalves (2011, p.170 – 172) entende que a força maior e a culpa exclusiva da vítima são consideradas excludentes e, em caso de culpa concorrente, atenuante. O caso fortuito, por se tratar de casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da administração, não constitui causa excludente de responsabilidade (DI PIETRO, 2012, p. 707).

Entretanto, sob a égide da responsabilidade subjetiva, e levando em consideração que os danos muitas vezes não são causados pela atividade estatal, nem por seus agentes, e sim pelos próprios fatos da natureza, de terceiros ou da própria vítima, parcela da doutrina entende que há responsabilização do Estado mesmo na ocorrência desses fatos (DI PIETRO, 2012, p. 710); (CAVALIERI, 2012, p. 289). É o que ocorre quando se trata de responsabilidade baseada na culpa do serviço, em que o nexo de causalidade se configura como condição do dano.

Mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ser configurada se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço (DI PIETRO, 2012, p. 707). Entende-se, nesse caso, que a omissão no serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço, que é a culpa anônima, não individualizada; o dano decorreu da omissão do Poder Público, isto é, “se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1029).

O mesmo será aplicado quando se trata de atos de terceiros. “O Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a falha na prestação do serviço público. [...] A culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento ou não funcionamento é suficiente para responsabilizar o Estado” (DI PIETRO, 2012, p. 707).

Segundo Cavalieri (2012, p. 286), o Estado só poderá ser responsabilizado por esses danos (decorrentes de fenômenos da natureza e fatos de terceiros) “se ficar provado que, por sua *omissão genérica* ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis, ou de tomar providências que lhe seriam possíveis”. O Estado passa a ser responsável quando, tendo condições de prestar um serviço, não o faz. Nessa linha, Carvalho Filho (2009, p. 535) descreve:

⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello entende o elemento culpa como um comportamento ilícito do Estado, um

É preciso, porém verificar, caso a caso, os elementos que cercam a ocorrência do fato e os danos causados. Se estes forem resultantes, em conjunto, do fato imprevisível e da ação ou omissão culposa do Estado, não terá havido uma só causa, mas concausas, não se podendo, nessa hipótese, falar em excludente de responsabilidade. Como o Estado deu causa ao resultado, segue-se que a ele será imputada responsabilidade civil.

Portanto, “a ausência do serviço devido ou o seu defeituoso funcionamento – *faute du service* – pode configurar a responsabilidade do Estado pelos danos sofridos pelos administrados, ainda que a causa desencadeadora do evento tenha sido um fenômeno da natureza ou fato de terceiro” (CAVALIERI, 2012, p. 286).

De fato, não responde o Estado objetivamente por tais fatos (força maior, fato da própria vítima ou de terceiros). “No entanto, poderá responder subjetivamente com base na falta do serviço, se, por omissão (genérica) concorreu para não evitar o resultado quando tinha o dever legal de impedi-lo” (CAVALIERI, 2012, p. 289).

Por fim, cabe um pequeno comentário sobre o ônus da prova.

Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, segundo Carvalho Filho, (2009, p. 533), “ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência do dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano”. Se o demandante alega a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado a contraprova de tais alegações. Logo, inverte-se o ônus probatório, ao qual cabe ao Estado demonstrar que não foi o causador do dano.

Com relação à responsabilidade subjetiva, há diferença somente com relação ao elemento culpa. A regra geral é que a vítima tem a incumbência de provar o elemento culpa, ou seja, a falta de serviço. De acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 255), cabe à vítima comprovar a não prestação do serviço a fim de configurar a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado.

Contudo, não é unânime esse entendimento. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1020), explica que “necessariamente haverá de ser admitida uma ‘presunção de culpa’ [...] ante a extrema dificuldade de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos”. Nesse caso, a vítima do dano fica desobrigada a comprová-la. Cavalieri (2012, p. 256) também entende que em inúmeros casos de responsabilidade pela *falta de serviço* admite-se a presunção de culpa em face da extrema dificuldade de se provar o ocorrido.

descumprimento do dever legal através de dolo ou imprudência, negligência ou imperícia, não coadunando com os autores que entendem que a culpa é relacionada à falta de serviço (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1029).

Verificada, portanto, a responsabilidade civil do Estado por omissão de uma forma geral, serão aprofundados, no próximo capítulo, os fundamentos que levam à responsabilização dos Municípios pelos danos ambientais causados decorrentes da inexistência ou insuficiência de rede de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, tema central desse trabalho. Utilizar-se-á, ao fim, os critérios explorados nos capítulos 1 e 2 para o enquadramento correto do ente municipal como responsável pelos danos ambientais e individuais sofridos pelos administrados.

3 OS FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E AMBIENTAL DO MUNICÍPIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E O SEU ENQUADRAMENTO

Analisadas as características gerais da responsabilidade ambiental e da responsabilidade civil do Estado por omissão, será explanada agora a subsunção da falta ou ineficiência na prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário pelo Município nos pressupostos das responsabilidades civil e ambiental.

Para tanto, serão analisados os direitos subjetivos fundamentais do cidadão atinentes ao caso, quais sejam: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito à saúde humana. Também serão abordados os deveres constitucionais e infraconstitucionais do poder público municipal, de modo que será feita uma breve exposição acerca da titularidade do serviço público de saneamento básico, passando pelos deveres do titular, bem como o dever de prestação do serviço público de esgotamento sanitário e a sua execução pelo poder público municipal.

Sequencialmente, será tratada a delegação da prestação dos serviços público de saneamento básico e a solidariedade entre o titular e o prestador dos serviços pelos danos ambientais e individuais, fazendo uma abordagem, ainda, acerca da tríplice fiscalização efetuada pelos entes municipais, agências reguladoras e órgãos ambientais.

Na Seção 3, serão averiguados os temas referentes ao controle jurisdicional para a implementação da prestação do serviço público de esgotamento sanitário: a alegação da discricionariedade do ato e o princípio da separação de poderes; e a alegação do ato político e a implementação de políticas públicas como óbices para a responsabilização do ente municipal; os fundamentos para a intervenção do poder judiciário nos atos administrativos e a reserva do possível orçamentário como obstáculo à reparação dos danos.

Por fim, levando-se em conta todos os capítulos abordados nesse trabalho, será feito o enquadramento do município como responsável pelos danos ambientais e individuais, estes decorrentes, por via reflexa, daqueles, além da exposição da situação do esgotamento sanitário do Município de Balneário Camboriú.

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO E OS DEVERES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO MUNICÍPIO

3.1.1 Direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde

Considerado um direito que, há poucas décadas, não era atribuída a importância que hoje possui⁷⁸, o meio ambiente evoluiu nos ordenamentos jurídicos dos Estados de simples objeto de exploração para um direito autônomo e protegido constitucionalmente⁷⁹. Atualmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado pressuposto lógico e inafastável da realização do direito à “sadia qualidade de vida”, e à própria vida humana (MILARÉ, 2011, p. 129). No caso brasileiro, ele foi elevado a *status* constitucional no artigo 225, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1998).

Desde a sua inclusão na Carta Magna, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser considerado um direito fundamental. O doutrinador Marcelo Buzaglo Dantas enfatiza a elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a status de direito fundamental:

Pode-se facilmente chegar à conclusão de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode perfeitamente ser considerado um direito fundamental. Embora não esteja previsto, de modo específico, no art. 5º da CF/88, isto não significa que o ele não possa ser considerado fundamental, em virtude do que estabelece o §2º desse dispositivo, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (DANTAS, 2012, p. 31).

Partindo dessa qualidade, e reconhecida a sua natureza de “direito público subjetivo” (MILARÉ, 2011), o meio ambiente é um bem difuso, com características peculiares⁸⁰: a

⁷⁸ “O despertar ecológico, embora explosivo em várias partes do mundo, é relativamente recente [...] Apenas os países que elaboraram seus textos constitucionais a partir da década de 1970 [...] puderam assegurar tutela eficaz para o meio ambiente” (MILARÉ, 2011, p. 178).

⁷⁹ A título exemplificativo, elevaram o meio ambiente à categoria de norma constitucional a Constituição do Chile de 1972; do Panamá de 1972; da Grécia de 1975; de Portugal de 1976; da Polônia, de 1976; da Argélia, de 1976, da Espanha de 1978 (MILARÉ, 2011, p. 178 – 179).

⁸⁰ Lei n. 8.078/1990, Art. 81. *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

transindividualidade - sua natureza indivisível - e a indeterminação do número de titulares ligados por uma situação de fato. Essas qualidades o fizeram pertencer à categoria dos direitos de terceira geração, considerados os direitos da solidariedade humana. Paulo Affonso Leme Machado, conceituando o meio ambiente, acentua a qualidade difusa e transindividual desse bem:

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo 'transindividual'. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para um coletividade indeterminada (MACHADO, 2013, p. 151).

Portanto, percebe-se que o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil impõe ao Poder Público o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, evitando a sua degradação. Ademais, o artigo 23, VI, da CRFB/1988⁸¹ estabelece a competência comum dos entes federados para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Aqui se verifica um dos variados vínculos que conecta o meio ambiente ao saneamento básico. “Esse vínculo, inclusive, foi reafirmado em diversos trechos da Lei n. 11.445/07, a qual chamou a atenção para a necessidade de adequação dos serviços à proteção ao meio ambiente, conceito reforçado também pelo Decreto n. 7.217/2010” (CARVALHO; ADAS, 2012, p. 48).

Desse modo, a qualidade ambiental, considerada a fruição do meio ambiente apto a contribuir com uma vida saudável, é pressuposto essencial para a efetivação de outro direito subjetivo fundamental: a saúde humana. Na CRFB/1988, esse direito vem estampado no artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 169) descreve a tentativa italiana de reconstrução unitária do meio ambiente com referência à diferente posição subjetiva individual e particularmente a um direito personalíssimo: o direito à saúde, na sua configuração de direito ao ambiente saudável, sendo que tal teoria teve um acolhimento

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (BRASIL, 1990).

⁸¹ CRFB/1988, Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:* [...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (BRASIL, 1988).

favorável pela jurisprudência italiana. Para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 16 - 17),

aplicar o direito à saúde no século vinte e um exige que se verifique em cada momento da deliberação e da execução da política sanitária a obediência à Constituição, tanto preservando o valor saúde nela conceituado, quando buscando ouvir o povo para definir as ações que concretamente garantirão a saúde naquela situação específica.

A importância desse direito foi assinalada pelo Supremo Tribunal Federal, na voz do Ministro Celso de Melo: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”⁸². Ademais, a Lei n. 8080/1990 dispõe em seu artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

Verifica-se que as condições para efetivar o direito à saúde, como o direito em si, por tais características, são deveres do Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso,

O direito público subjetivo à saúde representa *prerrogativa jurídica* indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, [...] b) O direito à saúde, além de qualificar-se como um *direito fundamental*, que assiste a todas as pessoas, representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional; (BARROSO, 2009, p. 106).

Trata-se de um direito de segunda geração (direitos sociais), previsto no artigo 6º⁸³ do texto constitucional, englobando o rol de direitos sociais em que o Estado assume uma indiscutível função promocional. São os chamados direitos à igualdade (“direitos positivos”), situação na qual o Estado deve prestar serviços ao cidadão tendo por objetivo atingir a justiça social. Nas palavras de Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 13), “devemos entender saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”.

⁸² Supremo Tribunal Federal, AgRg no RE n. 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Melo, Segunda Turma, j. em 12/09/00.

⁸³ CRFB/1988, Art. 6º. *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.* (BRASIL, 1988).

Sendo assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado viabiliza o direito à saúde, que, além de ser norma constitucional definidora de direito, também possui um caráter programático. Segundo o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever por um gesto irresponsável de ineficiência governamental ao que determina a própria Lei Fundamental. (BARROSO, 2009, p. 107).

Dessa forma, as normas constitucionais atributivas de direitos sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, qualquer que seja a sua esfera institucional de atuação. “Aqui [...] o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma relação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (196).” (BARROSO, 2009, p. 104 – 105). Buscando a máxima efetividade dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho, nas palavras de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal S. N. Júnior (2010, p. 42), designando o princípio da eficiência ou princípio da interpretação, esclarece que tal princípio pode ser formulado da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído sentido que maior eficácia lhe dê”.

Dentre os direitos de proteção à saúde, está o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, “as medidas de saneamento básico passaram a ser encaradas, nesse contexto, como uma atividade de prevenção e de proteção à saúde da população” (CARVALHO; ADAS, 2012, p. 48). Isso reflete na parte final do próprio artigo 225 da CRFB/1988, pois o âmbito preventivo das medidas de saneamento básico e proteção à saúde inclui a prevenção de futuras patologias, proporcionando um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Portanto, verifica-se que o binômio meio ambiente e saúde são elementos basilares para o bom desenvolvimento da vida humana, devendo o Estado prestar os serviços públicos essenciais para efetivar tais direitos, em especial o segundo, sem se dar ao privilégio de se omitir na implementação de ações que visem a adequada prestação desses serviços⁸⁴.

⁸⁴ Segundo Marcos Fey Probst (2012, p. 676), “Em Santa Catarina, por exemplo, dos 293 municípios, apenas 22 são atendidos com serviços adequados de esgotamento sanitário, segundo estudo realizado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária (Abes), a pedido do Ministério Público do estado de Santa Catarina”.

Cabe, ainda, ressaltar um pequeno ponto sobre o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Alguns doutrinadores adotam uma divisão do meio ambiente em macro-bem e micro-bem.

O macro-bem é considerado o bem incorpóreo e imaterial, bem de uso comum do povo, de interesse público e afeto à coletividade (LEITE; AYALA, 2012, p. 83 - 84).

Já a concepção de micro-bem ambiental engloba os elementos que compõem o macro-bem (florestas, rios, etc.), podendo ser um bem de natureza pública ou privada, no que concerne à titularidade dominial. (LEITE; AYALA, 2012, p. 85).

Inclusive, de acordo com Édis Milaré (2011, p. 245), alguns podem ser quantificados ou valorados economicamente.

O primeiro – macro-bem - é afeto ao dano ambiental *latu sensu*, abrangendo todos os componentes do meio ambiente, concernentes aos interesses difusos da coletividade (LEITE; AYALA, 2012, p. 93), devendo prover a sua reparação aquele que violá-lo e enquadrar-se nos pressupostos para a responsabilização, de acordo com o disposto no Capítulo 1, Seção 1.4 deste trabalho.

Com relação ao micro-bem (denominados por alguns de *bens ambientais*), há o dano individual ou reflexo, em que o objetivo não é a tutela dos valores ambientais, mas sim interesses e direitos próprios do lesado, conectados ao micro bem ambiental (LEITE; AYALA, 2012, p. 93). É o caso da degradação de um determinado micro-bem ambiental (um rio, ou praia, por exemplo) que afeta diretamente a saúde das pessoas que mantêm uma relação de subsistência junto ao mesmo, sofrendo danos reflexos (problemas de saúde) pelo dano causado diretamente ao bem ambiental. Neste caso, os prejuízos decorrentes da violação ao direito à saúde podem ensejar uma indenização por parte do agente causador (ou condicionante) do dano em benefício dos lesados.

Seguindo adiante, merece destaque o serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, incluído na política de saneamento básico disposta na Lei n. 11.445/2007, já que a omissão na prestação do seu serviço pode violar tanto o meio ambiente ecologicamente equilibrado como macro-bem quanto à saúde, via reflexa, ensejando a reparação do dano ambiental e a indenização dos prejuízos individuais sofridos por danos reflexos decorrentes dos danos causados ao bem ambiental respectivo.

3.1.2 Titularidade do serviço público de saneamento básico e os deveres do titular

A Lei n. 11.445/2007, em seu artigo 3º, I, define o saneamento básico como “o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, e limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos” (LIMA NETO; SANTOS, 2012, p. 59), também previsto no artigo 2º, XI⁸⁵ do Decreto n. 7.217/2010, possuindo como princípios a universalização do acesso, a adequação à saúde pública e proteção ao meio ambiente e a articulação com as políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico e de proteção ambiental, dentre outros (LIMA NETO; SANTOS, 2012).

Neste trabalho, será dada atenção apenas ao serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, elemento integrante da política de saneamento básico, conceituado no artigo 9º do Decreto n. 7.217/2010:

Art. 9º. Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades:

I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários;

II - transporte dos esgotos sanitários;

III - tratamento dos esgotos sanitários; e

IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas. (BRASIL, 2010).

Com relação à titularidade do serviço público de saneamento básico, indispensável se torna perquirir qual a entidade federativa competente para instituir, regulamentar e controlar tal serviço. A Lei n. 11.445/2007 não define expressamente quem é o titular. De acordo com Alessandra de Carvalho e Carolina Adas,

Foram estabelecidas, na Carta Magna, competências em matéria de saneamento, tanto privativas como comuns; estas delimitadas por sua abrangência e/ou especificidade, evitando-se a sobreposição de atuação de um ente federativo em relação a outro ou outros. [...] à União Federal foi atribuída a competência para definir diretrizes, ou seja, regras gerais, não específicas em matéria de saneamento básico. Já a titularidade dos serviços de saneamento não foi definida de forma explícita na Constituição, ao contrário do que ocorre com outros serviços públicos (CARVALHO; ADAS, 2012, p. 44).

⁸⁵ Decreto n. 7.217/2010, Art. 2º. *Para os fins deste Decreto, consideram-se:*

[...]

XI - serviços públicos de saneamento básico: conjunto dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, de limpeza urbana, de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de drenagem e manejo de águas pluviais, bem como infraestruturas destinadas exclusivamente a cada um destes serviços; (BRASIL, 2010).

Sob a análise do Supremo Tribunal Federal, atualmente, há duas ações diretas de inconstitucionalidade⁸⁶ sobre o assunto (ADI n. 1.842/RJ e ADI n. 2.077/BA), demonstrando a indefinição acerca do tema.

Nesse ponto, como solução à ausência de expressa determinação, a titularidade deve ser definida a partir de uma interpretação da Constituição. Apesar de ainda não haver uma definição, essa competência/titularidade tem sido atribuída ao município⁸⁷, “tanto pela doutrina como pela jurisprudência majoritária, sob o fundamento de que o saneamento básico é, predominantemente, um serviço de interesse local” (CARVALHO; ADAS, 2012, p. 44 - 45), de acordo com o artigo 30, V⁸⁸, da CRFB/1988.

Adriana Rossetto e Alexandre Lerípio (2012, p. 30) apontam que “esse pressuposto vem amparado pela Constituição Federal de 1988, que delega aos municípios competências e atribuições (art. 30), fazendo que em escala local assuma a postura de promover o saneamento básico através de ações integradas”. Karla Trindade também entende que os serviços de saneamento básico, em geral, são considerados de titularidade municipal, “à exceção da indefinição sobre os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário em Regiões Metropolitanas” (TRINDADE, 2012, p. 637).

Petrônio Ferreira Soares (2012, p. 173) explica:

A Constituição não diz expressamente que os serviços de saneamento básico sejam de competência da esfera municipal. Reconhece-se, todavia, a existência de discussões acerca do tema da titularidade desses serviços públicos, em especial nas regiões metropolitanas. Nesse sentido, parte-se da premissa de que os serviços de saneamento básico são serviços de interesse local, razão pela qual compete aos municípios sua prestação.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 315) também segue essa linha:

⁸⁶ Segundo Alessandra de Carvalho e Carolina Adas (2012, p. 45), “Dos votos até então proferidos em ambas as ações, extrai-se, em síntese, uma tendência à preservação da autonomia municipal e a consequente atribuição da titularidade ao conjunto dos municípios que integram a região, não isoladamente do estado, a quem só incumbiria a função de instituir a região metropolitana, mas não avocando para si a competência exclusiva dos serviços”.

⁸⁷ “Em um contexto de insatisfação dos municípios com a prestação dos serviços, surge em 1984, a Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (Assemae), para a defesa da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico [...] Em 1988, com a aprovação da Constituição Federal, a titularidade dos serviços de saneamento é retomada pela municipalidade, gerando controvérsias no tocante aos serviços metropolitanos e integrados” (SANTOS; NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2012, p. 108). Adriano Stimamiglio também possui o entendimento de que a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico é de competência municipal (2012, p. 655), pois aos municípios coube a prestação dos serviços considerados de interesse local, conforme estabelece o artigo 30, V da CRFB/1988 (2012, p. 657). Da mesma forma, Marcos Fey Probst (2012, p. 675).

⁸⁸ CRFB/1988, Art. 30. *Compete aos Municípios: [...]*

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (BRASIL, 1988).

A propósito, tem lavrado funda divergência na doutrina acerca da competência para a prestação dos serviços de fornecimento de água e saneamento urbano, e isso em virtude de serem tais serviços prestados pelos Estados anteriormente vigente à Constituição, o que gerou a instituição, em alguns casos, de pessoas da administração indireta estadual (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Em nosso entendimento, no entanto, a competência privativa para tais serviços é atualmente do Município, conforme consigna a Constituição no art. 30, I (assuntos de interesse local) e V (organização e prestação dos serviços públicos de interesse local).

Complementando o raciocínio, dispõe Thaís Oliveira (2012, p. 78 - 79):

Somente na hipótese em que o Município passa a integrar uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, há divergência na doutrina, que se divide basicamente em duas correntes. A primeira compõe-se daqueles que continuam a defender a autonomia municipal, por entenderem que esses serviços são sempre de interesse local, e, por conseguinte, são sempre enquadrados na disposição do art. 30, V, da CF/1988. A segunda compõe-se daqueles que, vendo surgir um “interesse regional” decorrente da formação dessas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, mitigam a autonomia municipal e entendem ser estadual a competência (o dever-poder) de prestar esses serviços. Há ainda doutrinadores que defendem que a solução para os impasses está em um Federalismo de cooperação, não oferecendo respostas para a hipótese em que os entes não cooperam, nem coordenam nada (por desinteresse, inércia ou incapacidade política).

Portanto, o autor adota o posicionamento da doutrina majoritária⁸⁹, em que o serviço público de saneamento básico é de titularidade do município, por conta da norma estampada no artigo 35, V da CRFB/1988, ressalvados os casos de regiões metropolitanas, as quais a titularidade também permanece indefinida (CARVALHO; ADAS, 2012, p. 54). Ainda assim, para alguns doutrinadores,

o ente municipal, por outro lado, não perde sua competência no caso de integrar região metropolitana, esta prevista no art. 25, § 3º, CF; o desejável, contudo, é que o Estado e os Municípios da região firmem convênios ou consórcios para que a prestação do serviço, tenha, ao mesmo tempo, caráter global para a região e específica para cada ente municipal (CARVALHO FILHO, 2009, p. 316).

De qualquer forma, cumpre salientar que os casos das regiões metropolitanas não serão objeto de estudo do presente trabalho.

Cabe destacar também que titularidade não se confunde com prestação dos serviços de saneamento básico. “A Lei 11.445/2007 definiu como indelegável a titularidade dos serviços.

⁸⁹ De acordo com Thaís Oliveira (2012, p. 77) “A doutrina brasileira, tradicionalmente, atribui o dever-poder de prestar os serviços de saneamento básico aos Municípios, ente que, no Federalismo pátrio, é uma unidade autônoma com competências próprias [...] A eles, portanto, atribui-se a titularidade dos serviços, o que habilita esses entes federativos a optar pela prestação direta dos serviços, pela outorga ou pela delegação (concessão ou permissão) – e embolsar os frutos financeiros dessa negociação”. Em argumento contrário, a autora arremata: “Independentemente da participação de um Município em uma região metropolitana, existe interdependência técnica dos sistemas municipais, os quais compartilham reservatórios e cursos d’água (quer como fonte de água bruta, quer como destino de esgoto). Ou seja, a atuação isolada de um Município pode prejudicar (ou inviabilizar) a atuação de seu vizinho. Ao que parece, essa interdependência – óbvia para os engenheiros, biólogos e tantos outros profissionais que lidam diuturnamente com esse serviço e determinante para a sustentabilidade do sistema – vem sendo ignorada pelos juristas” (OLIVEIRA, 2012, p.79 – 80).

Entretanto, sua prestação pode ser delegada a outro ente, fora do âmbito da administração do titular” (SANTOS; NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2012, p. 112).

Com relação aos deveres incumbidos ao titular, alguns foram definidos no artigo 9º⁹⁰ da Lei do Saneamento Básico, permanecendo sob sua responsabilidade mesmo no caso de delegação da prestação dos serviços a terceira pessoa. Carlos Henrique da Cruz Lima (2012, p. 156 - 157) explica que “a concessão dos serviços de saneamento básico à iniciativa privada não retira do poder concedente a sua titularidade sobre os serviços e, por isso, nem de sua responsabilidade pela qualidade dos serviços prestados”.

Dessa forma, dentre as obrigações legais como titular, Lourival Rodrigues dos Santos *et al.* (2012, p. 113) descrevem: “A elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico é uma ferramenta de planejamento exigida pela nova legislação, de responsabilidade do titular dos serviços e com abrangência em todo o território municipal, sendo obrigatória sua execução pelos prestadores de serviços”. Ademais, “em congruência com o Plano Diretor do Município, o planejamento do saneamento básico deve observar as peculiaridades do município, bem como a sua legislação. Deve ainda, considerar o Plano da Bacia Hidrográfica em que o município está inserido, complementando ações para a melhoria dos recursos hídricos” (SANTOS *et al.*, 2012, p. 113).

Em complementação, segundo Alessandra Ourique de Carvalho e Carolina Adas (2012, p. 51), ao titular dos serviços – o município, no caso presente - a lei conferiu a obrigação de elaborar um plano de saneamento básico, condicionando-o à validade dos contratos de concessões, no caso de delegação da prestação do serviço a terceiros.

José dos Santos Carvalho Filho menciona o poder de controlar a execução do serviço público, o qual, segundo ele, é inerente à titularidade do serviço. “Se determinada pessoa

⁹⁰ Lei n. 11.445/2007, Art. 9º. *O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:*

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei;

II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;

III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água;

IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários;

V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei;

VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento;

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais. (BRASIL, 2007).

federativa foi dada competência para instituir o serviço, é não só a faculdade, mas dever, o de aferir as condições em que é prestado” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 317).

Também pode ser mencionada a elaboração e formalização do contrato a ser firmado com a pessoa jurídica que irá prestar os serviços, em caso de delegação, além da observância das suas cláusulas e cumprimento das mesmas perante as exigências legais, conforme o artigo 11 da Lei n. 11.445/2007.

Essas são apenas algumas das obrigações previstas em lei ao titular. Outros deveres legais serão expostos na Subseção 3.1.4, cujo objeto é elucidar algumas questões atinentes à delegação da prestação do serviço a terceiros.

Passados a discussão acerca da titularidade, bem como alguns deveres atinentes ao titular do serviço público de saneamento básico (e consequentemente, de coleta e tratamento de esgotamento sanitário), passa-se à análise da prestação do serviço em si.

3.1.3 Dever de prestação do serviço de esgotamento sanitário e a execução pelo titular

Adentrando no âmbito de prestação do serviço, o serviço de saneamento básico (e consequentemente, o de coleta e tratamento de esgotamento sanitário) pode ser executado sob duas formas:

- a) Diretamente pelo titular, de acordo com o artigo 8º, II da Lei n. 11.445/2007 e artigo 38, I, do Decreto n. 7.217/2010; ou
- b) Por um terceiro, mediante delegação da prestação pelo titular do serviço, de acordo com os artigos 8º da Lei n. 11.445/2007 e 38, II, do Decreto n. 7.217/2010.

Petrônio Ferreira Soares (2012, p. 173) elucida que

Compete ao Poder Concedente organizá-los mediante constituição da entidade de coordenação das atividades de administração, prestando diretamente ou delegando a terceiros a operação, manutenção e expansão dos serviços, visando atender aos requisitos legais e às demandas da população.

Karla Trindade (2012, p. 629) doutrina que o titular deve decidir como o serviço será prestado, “seja diretamente pelo próprio município, ou concedido a terceiros, total ou parcialmente, para uma companhia estadual ou ainda a um parceiro privado”.

Tratando-se de regiões metropolitanas, é comum a prestação regionalizada do serviço através de um único prestador, para vários municípios, de acordo com os artigos 14 a 18 da

Lei n. 11.445/2007. Tais serviços, inclusive, atualmente são prestados em diversos estados brasileiros (Santa Catarina e São Paulo, por exemplos) através das respectivas companhias estaduais de saneamento^{91 92}. Essa informação segue apenas a título de complementação, já que o objeto do presente estudo não compreende as regiões metropolitanas, conforme afirmado em passagem anterior, e sim os municípios considerados isoladamente.

Convém mencionar também que não serão aprofundados os assuntos correlatos ao saneamento básico, como, por exemplo, a gestão/gerenciamento dos recursos hídricos, disposto no artigo 21, XIX, da CRFB/1988, regulamentado pela Lei n. 9.433/1997, que trata da política nacional dos recursos hídricos, apesar de tal assunto ser de suma importância para o saneamento básico.

Considerando que os próprios entes municipais podem prestar os serviços de saneamento básico⁹³, “os prestadores de serviços municipais podem ser constituídos, como integrantes da administração direta do município⁹⁴, ou no modelo de autarquia⁹⁵, como parte

⁹¹ O Planasa (Plano Nacional de Saneamento) foi um plano criado em 1971, cujo objetivo geral era a implementação de ações necessárias à redução dos déficits no abastecimento de água e no esgotamento sanitário nas áreas urbanas. Para a consecução do Planasa, à medida que os estados aderissem ao programa, seriam criadas as Cesbs (Companhias Estaduais de Saneamento Básico), com a função de executar os projetos existentes nos Planos Estaduais. Logo, o Planasa privilegiou as Cesbs e abandonou os serviços municipais, pois os contratos de concessão foram instrumentos legais firmados entre os municípios e as Cesbs, assinados pelos municípios de forma impositiva para a adesão ao Planasa (e, consequentemente, liberação de recursos do Banco Nacional de Habitação e a contratação de projetos e obras de saneamento básico). Cerca de mil municípios não aderiram ao plano. Os contratos tiveram, normalmente, o prazo de 30 (trinta) anos. Dessa forma, as Cesbs passaram a ficar totalmente sobre o controle dos governos estaduais (COSTA, 2012, p. 83 - 89). “Os municípios que não estavam estruturados administrativamente ou que apresentavam déficits financeiros concederam a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário a essas companhias” (SANTOS; NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2012, p. 108).

⁹² Com 5.565 unidades municipais em 2008, as Cesbs atuavam em 3.980 municípios com serviços de abastecimento de água, atendendo a 116,5 milhões de habitantes, o que correspondia a 77,9% da população total e a 93,0% da população urbana. Já para o esgotamento sanitário, eram 1.082 municípios operados pelas Cesbs, com população atendida de 87,8 milhões, equivalendo a 36,3% da população total e 43,7% da urbana (COSTA, 2012, p. 99). Segundo Adriano Stimamiglio (2012, p. 654), com base em dados oficiais, essas companhias estaduais ainda detêm a concessão de 3.961 municípios, o que representa mais de 70% do total de municípios no Brasil.

⁹³ “A prestação dos serviços de saneamento básico, abastecimento de água e esgotamento sanitário, por meio de autarquias municipais (administração indireta) e departamentos da administração direta da prefeitura municipal abrangem 13% (627 dos municípios) brasileiros (Brasil, 2010), representando cerca de 36 milhões de habitantes, ou seja, 23% da população. Ainda, segundo esse levantamento, as 26 companhias estaduais constituídas operam em 86% (3.980) dos municípios brasileiros e apenas 0,4% (20 municípios) são atendidos por prestadores de abrangência microrregional. Já a iniciativa privada está em 41 municípios brasileiros.” (SANTOS; NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2012, p. 107).

⁹⁴ “No modelo de administração direta, por departamento, a prefeitura assume diretamente a gestão dos serviços, cujas tarefas são divididas entre o departamento municipal de água e esgoto e por outros setores da prefeitura, responsáveis pela gestão das atividades-meio dos serviços, tais como contabilidade, compras e assessoria jurídica, entre outros” (SANTOS *et al.*, 2012, p. 110).

⁹⁵ “No formato de administração indireta, por meio de autarquia, há maior autonomia do prestador de serviço, o que torna os processos mais ágeis e eficientes” (SANTOS *et al.*, 2012, p. 110).

da administração indireta do município” (SANTOS; NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2012, p. 110). Essas formas de prestação dos serviços estão presentes no artigo 38, I⁹⁶, do Decreto n. 7.217/2010.

Logo, o ente municipal além dos deveres previstos como titular, também possui obrigações como prestador do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, caso assuma para si essa função.

As obrigações legais do prestador de serviço (no caso, do próprio ente municipal⁹⁷ através de uma das suas formas constituídas – pelos próprios órgãos da administração direta ou autarquia da administração indireta) é, resumidamente, executar corretamente o próprio serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário mediante o cumprimento de deveres e ações definidos em vários diplomas legislativos, sendo a Lei n. 11.445/2007 o principal texto legal referente ao tema.

O município, como prestador, também deve executar os serviços evitando danos aos cidadãos e ao meio ambiente local. Lembrando que tais direitos (saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado) também são tutelados por legislação específica: Lei n. 8.080/1990 (que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde), Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente); Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), afora as inúmeras normas estaduais e municipais que tutelam esses direitos, todas provenientes da Lei Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente dos artigos 196 e 225.

Assim defende Petrônio Soares (2012, p. 163):

O saneamento ambiental, no seu conjunto, caracteriza-se por uma prestação de serviços essenciais e fundamentais para a saúde, para a preservação do meio ambiente, para o desenvolvimento sustentável, para a inclusão social e para a organização das cidades, cuja necessidade de atendimento universalizado dos serviços básicos é premente.

Portanto, verifica-se que o município, tanto como titular como prestador de serviços de coleta e tratamento de esgotamento sanitário possui deveres e obrigações que ensejam a sua

⁹⁶ Decreto n. 7.217/2010, Art. 38. *O titular poderá prestar os serviços de saneamento básico:*

I - diretamente, por meio de órgão de sua administração direta ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua administração indireta, facultado que contrate terceiros, no regime da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para determinadas atividades; (BRASIL, 2010).

⁹⁷ “Entre as várias experiências de êxito da administração municipal na prestação de serviços de saneamento básico, tem-se a experiência do município de Penápolis-SP, com 58.914 habitantes [...], em que a coleta e o tratamento dos esgotos domiciliares atende a 100% dos domicílios” (SANTOS *et al.*, 2012, p. 119 - 121).

responsabilidade, caso sejam verificados danos sofridos pelos particulares, surgindo a pretensão destes em face do município para obtenção da devida indenização.

3.2 A DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO E A SOLIDARIEDADE PELOS DANOS CAUSADOS

3.2.1 Delegação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico e a tríplice fiscalização efetuada pelos entes municipais, agências reguladoras e órgãos ambientais

Conforme visto, a prestação do serviço público pode ser executada diretamente pelo titular – execução direta do serviço – ou por terceiros estranhos ao ente municipal – denominada execução indireta (CARVALHO FILHO, 2009, p. 327 – 328). Nas palavras de Petrônio Ferreira Soares (2012, p. 173):

Administração direta: o poder público assume diretamente, por intermédio de seus próprios órgãos, a prestação dos serviços – gestão centralizada. Administração indireta - o poder público delega a prestação dos serviços para outras instituições – gestão descentralizada.

A execução indireta pode ser efetivada mediante duas formas: por lei (delegação legal) ou por negócio jurídico de direito público (delegação negocial) (CARVALHO FILHO, 2009, p. 329). Especificamente sobre o tema, a execução do serviço se formaliza mediante delegação por parte do poder concedente, titular do serviço público, que, no caso, é o Município, de forma contratada, de acordo com os artigos 8º da Lei n. 11.445/2007 e do artigo 38, II, do Decreto n. 7.217/2010. Ambos os artigos dispõe:

Art. 8º. Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005 (BRASIL, 2007).

Art. 38. O titular poderá prestar os serviços de saneamento básico:

II - de forma contratada:

a) indiretamente, mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação na modalidade concorrência pública, no regime da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; ou

b) no âmbito de gestão associada de serviços públicos, mediante contrato de programa autorizado por contrato de consórcio público ou por convênio de cooperação entre entes federados, no regime da Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005; (BRASIL, 2010).

A delegação negocial da prestação do serviço de saneamento básico ocorre por meio das mais variadas formas: mediante concessão ou permissão (Lei n. 8.987/1995), em que o terceiro é pessoa jurídica de direito privado; através da Lei n. 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas); Contratação de um consórcio público (associação pública ou pessoa jurídica de direito privado) para a prestação do serviço público (Lei n. 11.107/2005), mediante assinatura de convênios entre os Estados e Municípios e contratos de programas⁹⁸ entre as companhias estaduais de saneamento básico e os municípios, principalmente em regiões metropolitanas⁹⁹, dentre outras.

Enfim, as formas são inúmeras, de modo que não é o objeto do presente trabalho detalhar cada uma delas. O essencial é haver um contrato que tenha por objeto a prestação do serviço público de saneamento básico, com regras e obrigações delimitadas entre o titular e a pessoa jurídica responsável pela prestação do serviço, de acordo com o artigo 10 da Lei n. 11.445/2007, que prevê as condições de validade dos contratos¹⁰⁰.

Dessa forma, ainda que ocorra a delegação da prestação do serviço para o poder concedente, o município ainda fica responsável por obrigações e deveres, em virtude da sua condição de titular. Lourival Rodrigues dos Santos, Vera Lúcia Nogueira e Silvia de Oliveira (2012, p. 111) entendem que

Tanto em uma quanto em outra forma, a definição da responsabilidade da prestação dos serviços de saneamento básico ficou estabelecida, pela Lei federal n. 11.445/07, como competência do titular dos serviços, o qual tem a opção de delegar a prestação dos serviços, bem como a sua regulação e fiscalização.

⁹⁸ “Os contratos de programas buscam estabelecer uma relação empresarial e comercial entre o prestador de serviço e o poder concedente. [...]. A Lei n. 11.107/05 é o instrumento legal que pauta a relação entre os entes municipais, isoladamente ou em consórcio, os quais, ao buscarem um terceiro agente para executar os serviços de saneamento básico, deverão recorrer ao contrato de programa” (COSTA, 2012, p. 93).

⁹⁹ “O Capítulo III da Lei n. 11.445 apresenta, nos artigos 14 a 18, todas as condições, exigências e obrigações para que se estabeleça a prestação regionalizada dos serviços. Como há uma diversidade de formas jurídicas legais de prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, por meio de empresas públicas e privadas contratadas ou de serviços municipais autônomos, a definição, na Lei n. 11.445/07, da prestação regionalizada, é fator de segurança institucional por permitir que uma situação de fato, que afeta as Cesbs desde a sua criação, seja regulamentada. O art. 14, em resumo, caracteriza a prestação do serviço regionalizado como aquele prestado por uma só entidade a mais de um município, seja ele vizinho ou não” (COSTA, 2012, p. 93).

¹⁰⁰ Lei n. 11.445/2007, Art. 11. *São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:*

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato. (BRASIL, 2007).

Ademais, Carlos Henrique da Cruz Lima (2012, p. 156-157) explica que

a relação entre poder concedente e concessionária também deve estar bem definida, já que a concessão dos serviços de saneamento básico à iniciativa privada não retira do poder concedente a sua titularidade sobre os serviços e, por isso, nem de sua responsabilidade pela qualidade dos serviços prestados.

Como deveres do titular dos serviços, pode-se mencionar a intervenção e retomada da prestação dos serviços, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos na lei ou no contrato firmado. Lourival Rodrigues dos Santos *et al.* (2012, p. 112 – 113) afirma que a prestação pode ser delegada a outro ente, fora do âmbito da administração do titular, em que, ocorrendo, o município deve estabelecer regras de organização, fiscalização e controle, ficando o prestador de serviços, de âmbito estadual ou privado, obrigado a cumprir as regras definidas pelo município.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 329), ainda menciona o poder de controle do titular como um poder dever (não uma faculdade) com a finalidade de fiscalizar se aqueles serviços estão sendo bem executados pela pessoa a quem foi delegada a prestação dos serviços. É o denominado controle externo, segundo o autor.

Nesse ponto, a questão quanto à fiscalização por parte do ente municipal tende a gerar problemas de interpretação. Isso por que a fiscalização geralmente está associada à agência reguladora do serviço, que tem a função de regular e fiscalizar a qualidade da prestação dos serviços realizados pela entidade delegatária. Tal exercício, em tese, tem levado muitos a acreditar que o Município fica eximido do seu dever de fiscalização.

Também é válido fazer um breve comentário sobre a fiscalização ambiental efetivada pelos órgãos ambientais do meio ambiente, nas esferas federal, estadual e municipal, para dirimir quaisquer dúvidas quanto à responsabilidade de cada entidade, já que o argumento de “transferência da competência fiscalizatória” não possui fundamentos aptos a sustentá-lo, por variados motivos.

Primeiramente, a Lei n. 11.445/2007¹⁰¹ determina em seus artigos 8º e 23, § 1º que o titular poderá delegar a regulação e a fiscalização dos serviços e, em seu artigo, 11, III, condicionando à validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços

¹⁰¹ A Lei n. 11.445/2007 inova ao trazer a figura da regulação para o setor de saneamento básico, “impondo ao titular de serviços a definição do ente responsável pela regulação e fiscalização, quando houver a delegação dos serviços públicos. Ou seja, a prestação dos serviços de saneamento básico por terceiros deverá ser acompanhada da respectiva regulação, através da criação de entidade pelo titular ou da delegação para alguma agência já constituída dentro dos limites do Estado” (PROBST, 2012, p. 675).

públicos de saneamento básico a designação da entidade de regulação e de fiscalização. Logo, caso o município não assuma todas as funções regulatórias e fiscalizatórias atinentes à regulação do serviço, o ente municipal tem a obrigação de indicar uma pessoa jurídica (normalmente, uma agência reguladora¹⁰², instituída por lei) para exercer a regulação e a fiscalização dos serviços prestados pelo poder concessionário. Essa relação normalmente é denominada relação especial de sujeição (GONDIM, 2012, p. 615).

Ainda, Adriano Stimamiglio (2012, p. 656) elucida que “a obrigatoriedade da regulação dos serviços de saneamento vem estimulando a criação de agências reguladoras, sob diferentes arranjos institucionais, notadamente estaduais e municipais”.

Em vista disso, compete à entidade reguladora observar o disposto nos artigos 21 a 27 da Lei n. 11.445/2007, que, em resumo, trata-se de regular os serviços de saneamento básico e fiscalizá-los no âmbito da sua competência. De acordo com Adriano Stimamiglio (2012, p. 658 - 659),

a regulação é a ação efetiva do Estado no acompanhamento e controle da prestação dos serviços de saneamento básico, seja ele prestado direta ou indiretamente mediante instrumentos de delegação (concessão, permissão e outros), visando garantir o cumprimento das políticas públicas e a adequada prestação dos serviços. [...] Nesse sentido, a regulação dos serviços de saneamento básico por agências reguladoras municipais é a intervenção direta do poder público, titular dos serviços, por meio de entidade vinculada à administração pública local.

Liliane Gondim explica que a fiscalização realizada pela entidade reguladora ocorre primordialmente sobre a qualidade do objeto do serviço prestado:

A competência da agência reguladora se dá sobre o prestador de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, com relação à qualidade da água distribuída e quanto ao atendimento aos parâmetros da legislação sobre as características dos despejos dos esgotos a serem lançados nos corpos hídricos (GONDIM, 2012, p. 615).

Isso de forma alguma exonera o município do seu poder de controle e fiscalização. Tal fato se explica por dois motivos: 1) Trata-se de relações jurídicas diferentes incidentes sobre um mesmo objeto, devendo ser analisada a relação entre fiscalizador e fiscalizado. 2) A responsabilidade da fiscalização recai sobre a sua finalidade, mais precisamente sobre o resultado da prestação do serviço público. “O que vai definir precisamente a área de atuação

¹⁰² Segundo Adriano Stimamiglio (2012, p. 662), “A regulação dos serviços de saneamento básico é atribuição original dos municípios, titulares dos serviços, e pode ser realizada por meio de agências reguladoras municipais, criadas na forma de autarquias especiais da administração pública indireta, vinculadas às prefeituras municipais”. Ainda, de acordo com o autor (2012, p. 654), em 2010, existiam 33 agências reguladoras com competência para atuação no setor de saneamento básico, sendo 21 estaduais, 11 municipais, uma no Distrito Federal e uma intermunicipal, na forma consorciada.

de cada uma das entidades responsáveis pela fiscalização [...] é a finalidade da fiscalização” (GONDIM, 2012, p. 618 -619). A autora completa:

A decorrência do fato em razão do potencial dano à saúde humana, em virtude da proteção do meio ambiente ou visando à melhoria do serviço público, é que determinará se a responsabilidade pela fiscalização caberá aos órgãos ou entes encarregados da saúde pública, de proteção ao meio ambiente ou da regulação do serviço público (GONDIM, 2012, p. 619).

Na regulação, ocorre a já citada relação especial de sujeição entre prestador de serviço e regulador, incidente sobre a qualidade do objeto do serviço prestado – a água e os dejetos advindos dos esgotos a serem lançados nos corpos hídricos -, visando a sua melhoria, e, conseqüentemente, a melhoria do serviço público, que não deve estar abaixo dos padrões definidos pelas normas sanitárias, ambientais e, inclusive, abaixo dos padrões estabelecidos nas normas editadas pela própria entidade reguladora (artigo 21, I da Lei n. 11.445/2007).

Ao ente municipal, cabe fiscalizar a qualidade da prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário executado pelo terceiro a quem foi concedida a prestação, proveniente da própria titularidade dos serviços. Nesse caso, é sua obrigação averiguar se o terceiro está prestando o serviço corretamente, tendo por parâmetro as normas legais incidentes sobre o objeto em tela. Adriano Stimamiglio (2012, p. 656) explica que a responsabilidade pela prestação e pelo controle dos serviços públicos advém da titularidade dos serviços.

Karla Trindade explicita que a delegação da competência de regulação e fiscalização do serviço por parte do ente municipal, bem como a delegação da prestação do serviço não o isenta da responsabilidade de adequadamente prestar o serviço, ainda que indiretamente, condicionando-o ao resultado do mesmo:

Importa esclarecer que, tanto na hipótese de prestação direta dos serviços e da regulação municipal, quanto no caso em que o município opte pela delegação das competências de regulação e fiscalização, e também na prestação dos serviços por terceiros, ele continua a ser responsável por eles. Seja politicamente, perante a população que irá procurá-lo caso esteja insatisfeita com a qualidade ou o custo dos serviços prestados, seja sob a ótica jurídica, já que o município é o ente público competente para planejar, decidir sobre a organização e prestação dos serviços e, portanto, também responsável, ainda que indiretamente, por seus resultados. (TRINDADE, 2012, p.641).

Isso explica a obrigação do titular em fiscalizar a atividade do delegatário do serviço. Exemplo dessa afirmação foi o que decidiu o STJ, por meio da decisão do Recurso Especial n.

28.222¹⁰³, que apontou a responsabilidade solidária do município de Itapetininga, no Estado de São Paulo, por danos ambientais supostamente gerados pelo concessionário.

Portanto, com relação a essas três atividades (prestação, regulação e fiscalização), “pode-se verificar que a delegação das atividades de prestação, regulação ou fiscalização dos serviços não isenta o município de responsabilidade pelo cumprimento do plano municipal do saneamento básico e da prestação adequada dos serviços” (TRINDADE, 2012, p. 641).

Outra modalidade de fiscalização que pode ser mencionada é a fiscalização ambiental decorrente do poder de polícia ambiental¹⁰⁴, executado pelos entes da administração pública nas três esferas¹⁰⁵, sobre o possível poluente de um bem ambiental respectivo – poluição do curso d’água, por exemplo. Nesse caso, a finalidade é a proteção do meio ambiente. Nas palavras de Édís Milaré (2011, p. 1133),

a importância do correto exercício desse poder reflete-se tanto na prevenção de atividades lesivas ao ambiente [...] como na repressão [...]. O poder de polícia administrativa é exercido mais comumente por meio de ações fiscalizadoras, uma vez que a tutela administrativa do ambiente contempla medidas corretivas e inspetivas.

Com relação especificamente ao município, o autor retrata:

Na legislação infraconstitucional, a Lei 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e seus mecanismos de aplicação, ao estruturar o Sisnama – Sistema Nacional do Meio Ambiente, nele igualmente integrou os órgãos municipais, atribuindo-lhes a responsabilidade pelo controle e pela fiscalização, na esfera local, das atividades capazes de provocar degradação do ambiente. (MILARÉ, 2011, p. 1135).

Percebe-se que, em razão da finalidade e do resultado, o município pode executar tanto a fiscalização através do poder de polícia ambiental quanto realizar a fiscalização atinente à prestação do serviço público executado por terceiro – diferenciando-se, ainda, da fiscalização exercitada pela respectiva agência reguladora do serviço. De acordo com Liliane Gondim,

Não há, todavia, superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas, de atuação [...] por exemplo, o prestador de serviço público pode ser autuado por qualquer dos três entes responsáveis pela fiscalização, e até pelos três,

¹⁰³ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 28.222/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, j. em 15/02/2000.

¹⁰⁴ “O poder de polícia ambiental, em favor do Estado, definido como incumbência pelo art. 225 da Carta Magna, e a ser exercido em função dos requisitos da ação tutelar, é decorrência lógica e direta da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente. O poder de polícia administrativa é prerrogativa do Poder Público, particularmente do Executivo” (MILARÉ, 2001, p. 1132).

¹⁰⁵ De acordo com Édís Milaré (2011, p. 1135), “cabe afirmar que a polícia ambiental pode (e deve) ser exercida por todos os entes federativos, genericamente referidos como Poder Público; isso, aliás, decorre claramente do art. 225, caput, da Carta Magna”.

concomitantemente, em decorrência do mesmo ato, que poderá ser considerado ilícito pelos três entes (GONDIM, 2012, p. 619).

Portanto, não há o que se questionar com relação aos deveres legais do município nas condições de titular e fiscalizador da prestação do serviço executado por terceiro, havendo distinção, ainda, quanto às formas de fiscalização. Nesse aspecto, extrai-se que não se confundem a fiscalização da prestação do serviço efetivada pelo ente municipal, no caso de delegação dos serviços, com a fiscalização exercida pela agência reguladora e, inclusive, com a fiscalização decorrente do poder de polícia ambiental, em virtude de possuírem finalidades diversas e visarem resultados distintos.

3.2.2 Solidariedade entre o titular e o concessionário do serviço de esgotamento sanitário

Com relação aos eventuais danos causados pela má prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, em especial, os danos ambientais, não é pacífico o entendimento sobre a responsabilidade do município, quando os serviços são delegados a terceiro, entre responsabilidade subsidiária e responsabilidade solidária. A doutrina se divide, havendo, inclusive, posição defendendo ambos os lados.

Lúcia Valle Figueiredo, nas palavras de Helena Pinto (2008, p. 97), entende que a responsabilidade é subsidiária:

[...] se a prestação do serviço público foi cometida ao concessionário de serviço, pessoa de direito privado, na verdade temos duas situações distintas: [...] 2) a do concessionário, em face de terceiros ou dos usuários do serviços público. Nessa última hipótese a responsabilidade é objetiva do concessionário. Entretanto, se exauridas as forças do concessionário, responderá o concedente, **subsidiariamente** (*grifo nosso*).

Francisco Mauro Dias, Sérgio Cavalieri Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, nas linhas do que escreve Helena Elias Pinto (2008, p. 110), também se alinham aos que entendem que a responsabilidade é subsidiária.

Em sentido oposto, Gustavo Tepedino (2004, p. 215 – 216), considera que a responsabilidade é solidária, fundamentada no CDC. Helena Elias Pinto (2008, p. 112) não tira a razão de ambas as correntes, enaltecendo a responsabilidade do Estado (no caso, do município) por lhe incumbir o poder dever de fiscalizar a correta prestação do serviço público:

A delegação para executar a prestação de serviços públicos não destitui o Poder Público de seu poder-dever de regulamentar e fiscalizar a sua correta prestação. Se

esse for o fundamento da imputação do dever de indenizar, o Estado terá, em tese, legitimidade para ser demandado por danos acarretados a terceiros.

Ademais, com relação à jurisprudência, em acórdão já mencionado, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi, em voto-vista divergente do voto da Ministra relatora Eliana Calmon, entendeu que a responsabilidade do poder concedente da prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário (o município) é solidária com o poder concessionário, nos casos de danos ambientais provocados pelo concessionário. Tal assertiva teve por base o fundamento de que a solidariedade provém do dever de proteção ao meio ambiente dos entes federados (artigos 23, VI, e 225, da CRFB/1988), como também no dever de fiscalização do município quanto à prestação do serviço executada pelo concessionário. O voto foi acompanhado pelos demais ministros, o que evidenciou o entendimento pela Segunda Turma do STJ, à época:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. **SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL).** AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. **IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. **I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. (grifo nosso).**¹⁰⁶

Ademais, é importante mencionar a posição do STJ que, em acórdão paradigma, responsabilizou a União solidariamente com as empresas mineradoras a reparar os danos ambientais causados na Região Sul do Estado de Santa Catarina, pela poluição causada em decorrência das atividades de mineração exercidas por tais empresas. O acórdão tem por fundamento a omissão da União nos seus deveres de fiscalização e controle das atividades

extrativistas realizadas pelas empresas mineradoras, consubstanciados em leis e decretos infraconstitucionais:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. 1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a **ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.** [...] **4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil.** [...] Com relação a esse fato (omissão ou não do ente público), encontra-se no acórdão recorrido a conclusão de que **a União foi omissa no dever de fiscalização, permitindo às mineradoras o exercício de suas atividades extrativas sem nenhum controle ambiental.** [...] A obrigação legal de administração, fiscalização e controle sobre as atividades extrativas minerais imposta à União encontra-se nas seguintes normas infraconstitucionais: a) Decreto-Lei n. 227/67; [...] b) Lei n. 7.805/89.¹⁰⁷

Caminhando ao encontro desse entendimento, a Terceira Turma do Tribunal Regional da 4ª Região também reconheceu a responsabilidade solidária do município de Joinville pelos danos ambientais causados em decorrência da ineficiência da prestação do serviço público de coleta e esgotamento sanitário por parte da companhia estadual responsável pela prestação do serviço:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO DE BACIA HÍDRICA. DEFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTOS SANITÁRIOS. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. [...] Sendo, portanto, o dano ambiental decorrente da omissão do Poder Público Municipal, caracterizada pela falta de prestação de um serviço público, cuja responsabilidade pela administração e execução é sua, conforme preceito constitucional, não pode o mesmo se eximir do ônus de sua inércia. O fato de ter o Município de Joinville concedido a exploração do serviço público de saneamento básico para a CASAN, por meio do Convênio nº 21, firmado em 1973, não o exonera das responsabilidades quanto à ineficiência/precariedade do serviço público concedido, pois este continuou a ser de sua titularidade e sobre o mesmo possuía a faculdade de exercer o seu poder de fiscalização.^{108 109}

À vista disso, o autor segue a posição de que a responsabilidade no caso de delegação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, em se tratando de danos

¹⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 28.222/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, j. em 15/02/2000.

¹⁰⁷ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 647.493/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 22/05/2007.

¹⁰⁸ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC/REEX n. 2000.72.01.001059-8, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, Terceira Turma, j. em 04/05/2010.

¹⁰⁹ No mesmo sentido, a Terceira Turma condenou o município de Itapoá solidariamente com a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento pela poluição do balneário de Itapoá em decorrência da deficiência na prestação do serviço público municipal de coleta e tratamento de esgotos sanitários (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC n. 0004194-83.2004.404.7201, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, Terceira Turma, j. em 12/04/2011).

ambientais e individuais, é solidária entre município e o concessionário/terceiro prestador do serviço, pelos fundamentos acima mencionados, favoráveis a essa tese, como também os fundamentos explanados na Seção 3 do Capítulo 1.

3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Conforme a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 962), “controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário”.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 264), a intervenção judicial, ancorado no império da Constituição, deve pautar-se “no controle jurídico de razoabilidade do ato do poder público”.

Conceituado o tema e dada a sua importância, convém dirimir eventuais dúvidas antes de, finalmente, passarmos à análise do enquadramento do município como responsável pelos danos ambientais (e individuais) causados.

Destaca-se que é necessário fazer uma breve análise sobre esse assunto, pois há discussão acerca da (im)possibilidade de interferência do Judiciário quanto à prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário em virtude de alguns autores entenderem tratar-se de ato administrativo discricionário, impossibilitando julgador a adentrar no mérito do ato administrativo.

Também é importante mencionar a alegação da impossibilidade de interferência judiciária na implementação de políticas públicas efetivadas pelo Poder Executivo, considerando-as como atos políticos, levando em conta o entendimento no sentido de que não compete ao Judiciário substituir-se ao papel do Poder Executivo, assim como o entendimento oposto.

Por fim, será feita uma breve análise sobre mais um argumento desfavorável ao controle jurisdicional na prestação dos serviços, qual seja, a reserva do possível orçamentário, enfrentada pela maioria dos municípios brasileiros.

3.3.1 Discricionariedade do ato e o princípio da separação de poderes

Boa parcela da doutrina entende que o fato do Poder Judiciário interferir em atos, comissivos ou omissivos, praticados pelo Poder Executivo em determinados casos, acaba por intervir no mérito do ato administrativo, que é baseado em critérios de oportunidade e conveniência, cuja decisão, segundo tais autores, é exclusiva do Chefe do Poder Executivo. É o denominado ato administrativo discricionário ou discricionariedade administrativa. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 967),

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente vem decidindo os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de *mérito administrativo*, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando o que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência.

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 980), “Discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal”.

Segundo essa corrente, se tal fato ocorrer, haverá violação ao artigo 2º¹¹⁰ da CRFB/1988 - desrespeitando-se o princípio constitucional da divisão e independência dos poderes e configurando a usurpação de competências. “A invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º)” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 967).

Dessa forma, não poderia o Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo, ou seja, na sua oportunidade ou conveniência, aspectos esses de competência exclusiva do administrador, sendo vedado ao Judiciário exercer esse controle judicial (CARVALHO FILHO, 2009, p. 120). Entretanto, o autor entende que, no caso em tela (prestação de serviços públicos de coleta e tratamento de esgotamento sanitário), não deve prevalecer o entendimento acima exposto, por não tratar de um ato discricionário, e sim vinculado. No caso presente, devem ser observados dois componentes do ato: a competência e a finalidade.

¹¹⁰ CRFB/1988, Art. 2º. *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Sobre a competência, restou demonstrado, conforme interpretação do texto legal (Subseção 3.1.2), que a titularidade do serviço de esgotamento sanitário pertence ao município. Logo, a ele cabe a prestação de tal serviço. Com relação à finalidade, a própria prestação do serviço público de esgotamento sanitário (sentido estrito) com vistas à promoção de direitos fundamentais (sentido amplo, como será visto na Subseção 3.3.3) é dever do município, devendo o mesmo fazê-lo, diretamente ou indiretamente. Se houver omissão, haverá desconformidade com a lei, permitindo a intervenção do Judiciário. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 223) define que ambos os componentes (competência e finalidade) são sempre vinculados.

Com relação aos outros elementos (motivo, forma e conteúdo/objeto), eles são discricionários, não devendo o Judiciário intervir sobre qual é a melhor opção para a efetivação dos serviços (prestar diretamente o serviço ou delegá-lo, por exemplo).

Isso se deve ao fato de que o serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, essencial à comunidade¹¹¹, advém de uma norma (Lei n. 11.445/2007) que define os sujeitos responsáveis por cada ato (competência) e os obriga a efetivar a prestação do serviço, cada qual com a sua respectiva obrigação (prestação, regulação ou fiscalização), visando a sua finalidade. Trata-se, nesse caso, de uma obrigação legal, onde a vontade do administrador fica vinculada aos ditames da lei. Nesses aspectos, a lei não deixou opções, conforme visto nas subseções 3.1.3 e 3.2.1. A Administração deve agir da forma que a norma estabelece.

Nas palavras do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei serve de norte para o administrador, que deve adequar seus atos aos termos legais:

Ou há lei, ou não há lei, pois negar consistência a suas expressões é contestar-lhe a existência. Se há lei – e conclusão diversa seria absurda – é porque seus termos são inevitavelmente marcos significativos, exigentes ou autorizadores de uma conduta administrativa, cuja validade está, como é curial, inteiramente subordinada à adequação aos termos legais. *Ergo*, não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima. E, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário (BANDEIRA DE MELLO, 2012, P. 991).

¹¹¹ De acordo com Bibiana Pinto (2007, p. 75 – 76), “Os serviços públicos de água e de esgotamento sanitário são acima de tudo serviços essenciais. O direito brasileiro comporta uma categoria de serviços públicos essenciais, estabelecidos pela Lei 7.783, 28.06.1989, na qual se inscrevem os serviços públicos de água. Também o Código do Consumidor retoma a expressão ‘essenciais’ para designar os serviços públicos submetidos ao princípio da continuidade (art. 22)”.

Ainda, segundo Hely Lopes Meirelles (2012, p. 776), “todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder [...] há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta, ainda assim, que o ato discricionário pode sim sofrer intervenção judicial:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, **vinculados ou discricionários**, mas sempre sob o aspecto da legalidade (art. 5º, LXXIII, e 37) (DI PIETRO, 2012, p. 811, *grifo nosso*).

Logo, a omissão do município quanto ao seu dever legal resulta em ilegalidade frente ao disposto na norma¹¹². Conforme já mencionado, um exemplo do que seria um ato discricionário da administração pública em que seria indevida a intervenção do Judiciário seria o caso de o município optar entre prestar o serviço de saneamento básico ou delegá-lo à terceiro (artigo 8º da Lei n. 11.445/2007). Ou ainda, executar a regulação do serviço ou delegá-la a uma agência reguladora, conforme explicado na Subseção 3.2.1. Nesse caso, configuram-se opções para que o Administrador/Chefe do Poder Executivo possa escolher o ato que melhor se coaduna com as condições do município.

Portanto, a prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário não constitui um ato discricionário, no que tange aos seus aspectos da competência e finalidade, por vincular o Poder Executivo Municipal aos ditames da lei. Se, ainda assim fosse considerado, o Judiciário teria legitimidade para intervir no ato caso o município se omitisse quanto ao seu dever legal de executar o ato, configurando a ilegalidade e, inclusive, a inconstitucionalidade do ato devido aos à violação de deveres constitucionais específicos acerca do tema, os quais serão observados na Subseção 3.3.3.

3.3.2 Ato político e a implementação de políticas públicas

Segundo outra parcela da doutrina, a conduta para implementar políticas públicas se trata de “ato de condução de negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços

¹¹² Nesse aspecto, importante mencionar o posicionamento do STJ, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha no julgamento do REsp n. 647.493/SC, que condenou a União a reparar o meio ambiente degradado pela inobservância de deveres infraconstitucionais (deveres de fiscalização e controle) relacionados às atividades de mineração exercidas pelas empresas mineradoras na Região Sul do Estado de Santa Catarina: “a lei impõe ao Poder Público o controle e fiscalização da atividade mineradora, possibilitando a aplicação de penalidades, não lhe compete optar por não fazê-lo, porquanto inexistente discricionariedade, mas obrigatoriedade de cumprimento de conduta impositiva”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 647.493/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 22/05/2007).

públicos” (MEIRELLES, 2012, p. 779) , e que, portanto, impossibilitam a interferência do Judiciário no caso concreto, por competir exclusivamente ao Executivo a implementações das mesmas. “Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros de controle” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 967).

Segundo Hely Lopes Meirelles, (2012, p.779), “*atos políticos* são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos”.

Apesar de existirem políticas públicas envolvidas para a efetivação dos serviços de saneamento básico, essas políticas não devem ser utilizadas como óbices para a interferência do Judiciário quando necessária para a efetivação da prestação dos serviços públicos. Um dos fundamentos é que tais serviços tem por base normas (especificamente a Lei n. 11.445/2007) que exigem o cumprimento de determinados atos de competência do município, os quais, por si, condicionam a implementação de políticas públicas por parte do Administrador/Chefe do Poder Executivo.

Conjuntamente com essas políticas, a prestação dos serviços de esgotamento sanitário envolve uma série de obrigações a serem realizadas em um determinado lapso de tempo, envolvendo equipe multidisciplinar, estudos, projetos, enfim, deveres originados da obrigação legal, que é a obrigação principal e analisada nesse trabalho.

Logo, a implementação de tais políticas decorre da própria obrigação estipulada na lei direcionada ao ato e ao seu cumprimento por determinada pessoa, não se tratando, portanto, de ato político, imune à interferência do Judiciário.

Ainda assim, caso sejam considerados atos políticos, eles não estão imunes à apreciação do Poder Judiciário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 811) doutrina que, “com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais e coletivos”.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 969) também menciona que “não obstante, a doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade”.

Conforme já mencionado, Hely Lopes Meirelles (2012 p. 779) entende como ato político o “ato de condução de negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos. [...] Mas nem por isso afasta a apreciação da Justiça quando arguidos de lesivos a direito individual ou ao patrimônio público”.

Tal premissa tem por base o artigo 5º, XXXV¹¹³, da CRFB/1988 – o Princípio da Inafastabilidade do Judiciário, ou seja, a proibição de que seja excluída da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito.

Mencionando o dispositivo constitucional em tela, Hely Lopes Meirelles ainda complementa:

Mas como ninguém pode contrariar a Constituição e essa mesma Constituição veda se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), segue-se que nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela Justiça quando arguido de inconstitucionalidade ou de lesivo de direito subjetivo de alguém. Não basta a simples alegação de que se trata de *ato político* para tolher o controle judicial, pois será sempre necessário que a própria Justiça verifique a natureza do ato e suas consequências perante o direito individual do postulante. [...] Pelo só fato de ser discricionário o ato político não se exime do controle judiciário. (MEIRELLES, 2012, p. 779 – 780).

Ademais, como sustentado pelos administrativistas, serão expostos os fundamentos para a apreciação do Poder Judiciário em relação aos atos discricionários, como também aos atos políticos.

3.3.3. Fundamentos para a intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos

Os aspectos apresentados nas subseções anteriores - vinculação do ato à lei, não existindo discricionariedade administrativa no primeiro caso e políticas públicas intrínsecas às obrigações legais, no segundo – possuem como fundamentos direitos expressos na Carta Magna, ou seja: a prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário tem por finalidade ampla a concretização de direitos subjetivos fundamentais, expostos na Subseção 3.1.1: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à saúde humana, expressos nos artigos 225 e 196 da CRFB/1988, respectivamente.

¹¹³ CRFB/1988, Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Conforme explicitado, ainda que tais atos sejam considerados discricionários, os mesmos são passíveis de apreciação judicial na medida em que uma conduta (comissiva ou omissiva) do Administrador/Chefe do Poder Executivo viola direitos constitucionalmente previstos.

É o que ocorre quando o Poder Público Municipal se escusa de executar a prestação de serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário (diretamente ou indiretamente, neste caso como ente fiscalizador). Tal ato (omissão) viola os respectivos direitos fundamentais expressos na CRFB/1988 (meio ambiente ecologicamente equilibrado e saúde humana), impedindo a sua efetivação, fato inconcebível perante a ordem constitucional brasileira.

Ademais, deve-se observar o dever constitucional previsto no artigo 30, V, que, segundo o sentido do enunciado constitucional auferido pelo autor, determina a competência do Poder Público Municipal para a prestação dos serviços públicos de natureza local, *latu sensu* – que é o caso do saneamento básico, conforme visto na Subseção 3.1.2.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “registre-se que também a conduta omissiva da Administração pode ser objeto de controle judicial quando importar descumprimento de encargos políticos-jurídicos ou de comandos constitucionais ou decorrentes de lei em sentido estrito” (MEIRELLES, 2012, p. 776).

Portanto, ainda que a prestação do serviço público seja considerado um ato discricionário ou político, há a caracterização da responsabilidade no momento em que há a violação de um direito decorrente de uma norma constitucional que reflete uma obrigação por meio de uma norma infraconstitucional (obrigação legal decorrente da Lei n. 11.445/2007), desde que preenchidos os seus pressupostos para tal configuração.

Ademais, os direitos subjetivos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde humana contemplam uma série de deveres previstos na legislação infraconstitucional relacionada ao esgotamento sanitário, dentre os quais, os principais são encontrados na Lei n. 11.445/2007, que configura uma norma de caráter geral, como também relacionados à proteção do meio ambiente natural (possuindo como norma geral a Lei n. 6.938/1981, além de muitas outras previstas na legislação esparsa). Isso sem contar as normas estaduais e municipais referentes ao tema, que são de suma importância para o deslinde da controvérsia,

como, por exemplo, o Plano Diretor elaborado pelo legislativo de cada município, proveniente do artigo 182 da CRFB/1988¹¹⁴.

Ainda, de acordo com o entendimento do Ministro do STF, Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar em ADPF n. 45/DF, restou evidente a efetivação de direitos fundamentais frente aos deveres de prestação do Estado impostos pela CRFB/1988:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.¹¹⁵

Da mesma forma, afirma Luís Roberto Barroso (2008, p. 4): “se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas”. No ensino de Régis Oliveira (2006, p. 251) políticas públicas são “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

Heliana Hess (2011, p. 20) relaciona, ainda, a intervenção do Judiciário para corrigir omissões dos poderes executivos:

Positivo é que pela instrumentalidade de ações coletivas e em defesa do direito ao mínimo existencial amplia-se o poder de polícia interventivo do Judiciário no controle de políticas públicas, **seja nas obrigações de fazer, não fazer ou de prestar, para corrigir a omissão**, quanto a ação ilegal ou imoral do ato de governo público. [...] Assim, em outras palavras, os limites dos princípios da razoabilidade/proporcionalidade buscam adequar em justa medida e na adequada proporção os

¹¹⁴ CRFB/1988, Art. 182. *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

¹¹⁵ Supremo Tribunal Federal, MC em ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 29/04/2004.

meios empregados para a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito (*grifo nosso*).

A jurisprudência não se manteve estática com relação ao tema. A Primeira Turma do STJ, na relatoria do então Ministro Luiz Fux (atualmente ministro do STF), teve a oportunidade de enfrentar esta matéria, quando do julgamento do Recurso Especial n. 575.998/MG, em que seus membros acompanharam o voto do relator, manifestado no seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. 1. [...] 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. 3. **Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura**, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. **A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.** 5. **Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, [...] não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.** 6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. [...] 8. **Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.** 9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. **Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional [...]** (*grifo nosso*).¹¹⁶

Do mesmo modo, e inclusive com mais profundidade, a Segunda Turma do STJ, na voz da Ministra Eliana Calmon, ao apreciar o Recurso Especial 429.570/GO, corroborou o mesmo entendimento, ao expressar os seguintes argumentos:

¹¹⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 575.998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 07/10/2004.

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º da lei de ação civil pública? O acórdão recorrido adotou entendimento de que não poderia fazê-lo por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do Judiciário. **Não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente. Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado. O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.** No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. A partir da última década de XX; o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislativo a Supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, **deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.** A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia", pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. **Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle.** E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública. **Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção.** Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo, está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais. (*grifo nosso*).¹¹⁷

Portanto, como o caso revela o descumprimento das normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como da legislação infraconstitucional que trata da matéria sanitária e ambiental, tanto a

¹¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 429.570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 11/11/2003.

nível federal, estadual e a municipal, mostra-se evidente ser necessária a intervenção do Judiciário para a solução da controvérsia.

3.3.4 Reserva do Possível Orçamentário como obstáculo à reparação dos danos

Não é incomum o argumento da Reserva do Possível Orçamentário levantado pelo Estado, principalmente em sede de efetivação dos direitos de segunda geração (no caso específico, o direito à saúde, considerado dentro do rol dos direitos sociais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização desses direitos depende, em grande medida, de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Nesse ponto, caso comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, muitas vezes se torna difícil exigir a imediata prestação dos direitos subjetivos a que determinado ente estava condicionado a prestar.

A adoção deste princípio da reserva do possível orçamentário merece ressalvas, pois, como já demonstrado, os direitos fundamentais constituem-se direitos subjetivos em face do Estado e, por expressa disposição constitucional (CRFB/1988, artigo 5º, § 1º), suas normas possuem eficácia imediata.

Fazendo referência, novamente, à MC em ADPF n.45/DF pelo STF, o Ministro Celso de Mello referenciou os limites impostos para o afastamento da reserva do possível:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, **(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público** e, de outro, **(2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.** [...] Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (*grifo nosso*).¹¹⁸

¹¹⁸ Supremo Tribunal Federal, MC em ADPF n. 45/DF, Rel. Min.. Celso de Mello, j. em 29/04/2004.

Quanto ao primeiro item (a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público), não se tem dúvidas de que a pretensão de se ter um eficiente sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários no município é um direito legítimo a ser reivindicado, porquanto se trata de um serviço público essencial, imprescindível à preservação do meio ambiente e à proteção da saúde pública.

No que se refere à disponibilidade financeira¹¹⁹, é preciso destacar, que o serviço público de saneamento básico é custeado pelos seus usuários através da cobrança de tarifa pelo prestador (artigo 45¹²⁰ da Lei n. 11.445/2007), de modo que os investimentos no setor, com o passar do tempo, são integralmente recuperados.

Ademais, cumpre salientar que a cláusula da Reserva do Possível Orçamentário - ressalvada a ocorrência de justo motivo – “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais”.¹²¹

Como observado, não há justificativas para a omissão do Poder Público Municipal. A alegação de falta de recursos financeiros não prospera, principalmente pela arrecadação da atividade efetivada pelo município ou terceiro responsável pela prestação dos serviços de saneamento.

Mais especificamente, o investimento no setor do saneamento básico (em especial do esgotamento sanitário) acarreta economia aos cofres públicos e satisfação de importantes necessidades sociais. Isso porque medidas político-administrativas tendentes à captação e

¹¹⁹ Como exemplo, é importante destacar o caso do município de Joinville, em que a receita obtida pela concessionária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, é, em número, maior do que as despesas para a execução/manutenção do sistema: “o próprio Município de Joinville afirma que a sua exploração nesta região é superavitária: ‘Cabe lembrar que o sistema de água e esgoto de Joinville, operado pela Ré CASAN, sempre foi superavitário, ou seja, os valores arrecadados sempre foram superiores às despesas de operação, manutenção e ampliação dos sistemas realizados no município. Ao longo dos 30 anos de concessão, a Ré CASAN destinou os recursos excedentes ao sistema estadual de saneamento, financiando a realização dos serviços em outros municípios, em detrimento da realização de suas obrigações em Joinville’. Afirma ainda que o faturamento médio mensal do serviço de saneamento básico neste município ‘é de cinco milhões de reais mensais, que somam no ano sessenta milhões de reais, que em 20 anos (tempo da concessão outorgada à Cia. de Águas de Joinville) importam na quantia de um bilhão e duzentos milhões de reais” - fls. 1.195 e 1.198. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC/REEX n. 2000.72.01.001059-8, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, Terceira Turma, j. em 04/05/2010).

¹²⁰ Lei n. 11.445/2007, Art. 45. *Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.* (BRASIL, 1988).

¹²¹ Supremo Tribunal Federal, MC em ADPF n. 45/DF, Rel. Min.. Celso de Mello, j. em 29/04/2004.

tratamento de esgoto objetivam prevenir doenças e tratamentos médico-hospitalares; uma melhor qualidade de vida à população; e a economia de recursos públicos. A atuação nesse setor gera resultados positivos em outros setores.

Portanto, o princípio da "reserva do possível orçamentário" não pode ser aceito como argumento para a falta de prestação do serviço público de saneamento básico nos municípios brasileiros, via de regra.¹²²

3.4 O ENQUADRAMENTO DO MUNICÍPIO COMO RESPONSÁVEL PELOS DANOS AMBIENTAIS E INDIVIDUAIS E O CASO PARADIGMA DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Levando como critério de análise as pesquisas feitas nas seções que compõem os capítulos desse trabalho, chega-se, finalmente, ao enquadramento do município pelos danos ambientais e individuais decorrentes da falta ou ineficiência¹²³ na prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário.

Também serão tecidos, no decorrer do texto, alguns comentários e dados acerca do caso do Município de Balneário Camboriú, do Estado de Santa Catarina, através do Relatório de Auditoria Operacional elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina com a finalidade de aferir, no caso prático, a responsabilidade e os deveres do município

¹²² Outro exemplo que demonstra essa situação é o caso do Município de Balneário Camboriú, que, com relação aos investimentos em esgoto realizados pela Emasa (autarquia municipal responsável pela prestação do serviço), no ano de 2010, foram orçados R\$ 17.920.271,00, sendo realizados apenas R\$ 7.861.480,16 em investimentos, resultando em uma diferença de R\$ 10.058.790,84, de acordo com o Relatório de Auditoria Ambiental elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (2010, p. 6).

¹²³ De acordo com o Relatório de Auditoria Operacional elaborado pelo TCE/SC, documento anexo no presente trabalho, restou evidenciado a ineficiência do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário do Município de Balneário Camboriú, conforme reportam os auditores: "O art. 24 da Resolução estabelece que os efluentes somente poderão ser lançados, direta ou indiretamente, nos corpos de água, após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências da Resolução. Destaca-se que o § 1º do art. 34 alerta que o efluente não deverá causar ou possuir potencial para causar efeitos tóxicos aos organismos aquáticos no corpo receptor. O art. 19 da Lei estadual nº 14.250/1981 e o art. 177 da Lei estadual nº 14.675/2008 (Código Ambiental) também vedam o lançamento de efluentes em corpos de água que não obedeçam aos padrões estabelecidos (SANTA CATARINA, 2010, p. 27). [...] Dos 15 parâmetros solicitados para análise do efluente, constatou-se que 05 (cinco) estavam fora do padrão estipulado em lei (2010, p. 28). Considerando o averiguado, determina-se à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú adequar o tratamento do efluente para atendimento ao padrão de lançamento, conforme art. 24 da Resolução Conama nº 357/2005, art. 19 do Decreto estadual nº 14.250/1981 e art. 177 da Lei estadual nº 14.675/2008. O atendimento aos padrões de lançamento do esgoto tratado pela ETE Nova Esperança resultará em melhoria da qualidade do corpo hídrico receptor e consequentemente na preservação do meio ambiente local." (SANTA CATARINA, 2010, p. 29 – 30).

relacionados ao esgotamento sanitário. O relatório foi confeccionado no ano de 2010 e está disponibilizado como anexo no presente trabalho.

Cabe destacar que o Município de Balneário Camboriú é exceção dentre os municípios brasileiros, pois 85 % da sua população têm a sua disposição rede coletora, conforme dados contidos no Relatório de Auditoria (SANTA CATARINA, 2010, p. 3):

Sobre a existência de rede coletora de esgoto no Estado, dados de 2006 apontam que apenas 12,63% dos municípios catarinenses possuíam sistema de tratamento sanitário implantados, mas apenas 12% das pessoas que vivem nas cidades são atendidas pelo serviço, enquanto a média nacional é de 44% (Abes/2008). No entanto, o município de Balneário Camboriú é exceção a regra, visto que 85% da população têm a sua disposição rede coletora (Trata Brasil/2008).

Ainda, segundo o relatório, Balneário Camboriú se encontra acima da média nacional (50%) e estadual (14,4%), de acordo com o quadro comparativo do percentual de cobertura do esgotamento sanitário (SANTA CATARINA, 2010, p. 3).

Entretanto, mesmo possuindo um ótimo nível de porcentagem, ainda assim o município de Balneário Camboriú detém diversos problemas relacionados ao tema (esgotamento sanitário, meio ambiente e saúde pública), em que alguns serão destacados ao longo do texto.

3.4.1 Enquadramento do município como responsável pelos danos ambientais

Considerando o meio ambiente ecologicamente equilibrado, esculpido no artigo 225 da CRFB/1988 como um macro bem, transindividual, difuso e coletivo, é possível responsabilizar a pessoa que violá-lo, conquanto se enquadre nos pressupostos da responsabilidade civil ambiental, vistos na Seção 1.4.

No caso em estudo, o Município é considerado poluidor indireto – ou seja, concorre para a ocorrência do dano ambiental por meio de um ato omissivo (Seção 1.3, p. 30), qual seja, a não prestação do serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, direta (Subseção 3.1.3, p. 80 - 82) ou indiretamente (Subseção 3.2.1, p. 83 - 87), como ente titular e fiscalizador do prestador dos serviços.

Os fundamentos ou deveres constitucionais, no caso, são os direitos subjetivos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a saúde pública (artigos 225 e 196 da CRFB/1988) (Subseção 3.1.1, p. 71 - 74), os quais o Estado não pode se eximir de

promovê-los, pois ambos ensejam a exigibilidade de prestações positivas (Subseção 3.1.1, p. 74 e Subseção 3.3.3, p. 99 - 100). No caso em tela, é necessário tomar as medidas de saneamento básico, que inclui a prestação do serviço de esgotamento, para proteger a saúde da população local, como também prevenir doenças (Subseção 3.1.1, p. 74). Percebe-se o âmbito eminentemente preventivo da tutela ambiental e sanitária (Subseção 1.2.1, p. 23 - 24).

Com relação aos deveres infraconstitucionais¹²⁴, verificou-se que a titularidade dos serviços de saneamento básico (e consequentemente do esgotamento sanitário) pertence ao município (Subseção 3.1.2, p. 78), com base no artigo 35, V da CRFB/1988. Já a prestação desses serviços, se não for realizada pelo próprio município (que é um dever – Subseção 3.1.3, p. 80 - 82) pode e deve ser delegada a terceiros (Subseção 3.2.1, p. 83). Entretanto, o município não fica eximido de obrigações com relação à prestação do serviço público de esgotamento sanitário, pois possui deveres como titular (Subseção 3.1.2, p. 79) e como ente fiscalizador da prestação do serviço (Subseção 3.2.1, p. 87). Ainda que ele delegue a função de agente regulador e fiscalizador (Subseção 3.2.1, p. 85 - 86), ele continua responsável por fiscalizar a qualidade da prestação do serviço, já que essa fiscalização difere da fiscalização efetuada pelo regulador, que é fiscalizar a qualidade do objeto do serviço prestado (Subseção 3.2.1, p. 87). Da mesma forma, se ele próprio exercer as funções de ente regulador e fiscalizador, haverá deveres infraconstitucionais de sua competência (artigos 21 a 27 da Lei n. 11.445/2007 e fiscalização da qualidade do serviço), conforme p. 85 da Subseção 3.2.1.

No caso prático, o Município de Balneário Camboriú rompeu com a estatal que prestava o serviço (CASAN – Companhia Catarinense de Água e Saneamento) e passou a prestar diretamente os citados serviços, “criando, por meio da Lei municipal nº 2.498/2005, a

¹²⁴ É importante listar os vários deveres infraconstitucionais do município de Balneário Camboriú que constam ao longo do relatório, determinados pelo TCE/SC: obrigação de obtenção de outorga de direito de uso do Rio Camboriú para a disposição do efluente da ETE Nova Esperança (SANTA CATARINA, 2010, p. 11); a instalação de macromedidor da vazão de entrada (afluente) e saída (efluente) do esgoto na ETE Nova Esperança (SANTA CATARINA, 2010, p. 13 - 14); a elaboração, implantação e execução do Manual de Operação da ETE Nova Esperança (SANTA CATARINA, 2010, p. 21), além de estabelecer, no manual, as atividades de manutenção preventiva (SANTA CATARINA, 2010, p. 23), e um modelo de diário de operação de ETE, com a obrigação de registros das ocorrências diárias da operação (SANTA CATARINA, 2010, p. 26); a destinação adequada ao lodo retirado (dragado) das lagoas de estabilização e facultativas da ETE Nova Esperança (SANTA CATARINA, 2010, p. 32); a realização de pesquisa de organismos no Pontal Norte da Praia Central, a implantação de ações de fiscalização de economias não ligadas a rede de esgoto e a regularização das ligações clandestinas de esgoto na bacia do Canal do Marambaia. (SANTA CATARINA, 2010, p. 44); a instituição da política municipal de saneamento básico (SANTA CATARINA, 2010, p. 46); a elaboração, aprovação e implantação do Plano Municipal de Saneamento Básico (SANTA CATARINA, 2010, p. 48); a criação do Conselho Municipal de Saneamento Básico, a fim de efetivar o controle social previsto na Lei n. 11.445/2007; a publicação mensal dos resultados de todos os parâmetros das análises do esgoto bruto e tratado na ETE Nova Esperança (SANTA CATARINA, 2010, p. 54), dentre outros.

Empresa Municipal de Água e Saneamento (Emasa), que possui natureza jurídica de Autarquia, regida pelo Direito Público”, e tornando-se o responsável pelo saneamento da cidade (água e esgoto), com inúmeros deveres, segundo consta no Relatório de Auditoria (SANTA CATARINA, 2010, p. 3 – 4).

Ademais, é importante salientar que, dentre os deveres de fiscalização do município, foi determinado pelo TCE/SC o de exigir e fiscalizar as ligações do ramal predial à rede coletora de esgoto, conforme o que consta no Relatório (SANTA CATARINA, 2010, p. 6). Ainda, sobre esse item específico, foi exposto no relatório:

De acordo com a Lei que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei federal nº 11.445/2007), toda edificação permanente urbana será conectada à rede pública de esgotamento sanitário disponível (art. 45). O município de BC legislando sobre o assunto, conforme o caput e parágrafo primeiro do art. 2º da Lei municipal nº 3.087/2010, determinou que é obrigação dos proprietários ou responsáveis por toda e qualquer edificação residencial, comercial, industrial e condomínios particulares realizar a ligação dos ramais prediais à rede pública de esgoto pré-existente. Para tanto, em não havendo a ligação, a Emasa deverá tomar as medidas administrativas cabíveis em espécie como forma de garantir a efetividade da Lei municipal nº 3.087/2010. [...] a Emasa [...] declarou que a fiscalização é deficitária, pois não possuem estrutura material e de pessoal suficiente para atuarem preventivamente e de maneira planejada. Agem sempre reativamente a uma denúncia ou requerimento. Segundo dados disponibilizados pela Emasa, os bairros: Iate Clube, Vila Real, Municípios, Barra, Nova Esperança e São Judas Tadeu não contam com rede coletora de esgoto. (SANTA CATARINA, 2010, p. 17 – 18).¹²⁵

Ademais, foi determinado ao Município de Balneário Camboriú “fiscalizar todas as ligações de esgoto e proceder às ligações de esgoto não realizadas onde há rede coletora disponível, de acordo com o art. 45 da Lei federal nº 11.445/2007 e *caput* e parágrafo primeiro do art. 2º da Lei municipal nº 3.087/2010” (SANTA CATARINA, 2010, p. 20).

Com relação à regulação do serviço, o Relatório de Auditoria assim dispôs:

A Lei federal nº 11.445/2007, nos termos dos artigos 8º e 9º, dispõe que o titular do serviço de saneamento, neste caso o município de BC, deve definir o ente responsável pela sua regulação, fiscalização e os procedimentos para sua atuação. O órgão de regulação pode ser uma entidade do próprio município ou este pode delegá-la a outra entidade reguladora já existente, conforme prevê o § 1º do art. 21 da citada Lei federal. [...] Tem como propósito regular e normatizar o serviço de esgotamento sanitário, bem como zelar pela qualidade da prestação, ocupando posição politicamente neutra e equidistante para promoção do equilíbrio entre o titular, os consumidores e o prestador do serviço. (SANTA CATARINA, 2010, p. 50).

Dessa forma, o TCE/SC determinou ao Município de Balneário Camboriú “criar ou delegar a regulação dos serviços de esgotamento sanitário, de acordo com o art. 8º e inciso II do

¹²⁵ Segundo dados disponibilizados pela Emasa e constantes no Relatório, o número de ligações de água dos bairros sem rede coletora de esgoto é de 6.452, já a relação de ligações não conectadas da rede coletora de esgoto é de 782 (SANTA CATARINA, 2010, p. 19).

art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010.” (SANTA CATARINA, 2010, p. 51).

Com relação à aplicação ou não da solidariedade entre os sujeitos, nota-se que a doutrina e a jurisprudência seguem uma tendência cada vez mais prevalente em aplicar a responsabilidade solidária nos casos do agente que causou o dano e o agente que concorreu para o dano (este último sendo o município), conforme Seção 1.3, p. 30 - 31. Além disso, a doutrina se divide no caso de responsabilidade solidária ou subsidiária entre o ente que delegou a prestação do serviço público (o município, no caso) e terceiro prestador (Subseção 3.2.2, p. 89 - 92). A jurisprudência vem aplicando a responsabilidade solidária em casos concretos (p. 90 - 91). O autor manifestou adesão à corrente da responsabilidade solidária (p. 91 - 92).

Em relação aos pressupostos, há necessidade de uma conduta poluidora (Subseção 1.4.1, p. 33 - 34), qual seja, a omissão do município em prestar o serviço (quem não faz quando deveria fazer, segundo entendimento isolado do STJ – p. 34) ou omitir-se na fiscalização e nos seus deveres infraconstitucionais, não incluída a prestação do serviço (Subseção 3.2.1, p. 87), já que, como visto, o dano pode advir de várias condutas que causam a degradação ambiental, além das que concorrem para o mesmo, visando, por fim, a efetivação dos direitos subjetivos fundamentais.

Também há necessidade de estabelecer um nexo de causalidade, que seria o elo entre a omissão municipal com o dano ambientalmente causado (Subseção 1.4.2, p. 35). Nesse caso, o autor adota a teoria do risco criado, que estabelece que o responsável pelo dano é quem cria o risco para tanto (p. 37). Nesse aspecto, o município, inerte no seu dever de prestar o serviço de esgotamento sanitário como também em relação aos outros deveres já informados, cria o risco propício para a ocorrência do dano ambiental. Também importante mencionar a inversão do ônus da prova como tendência nos casos de danos ambientais, fundamentados no artigo 6º do CDC (p. 38 - 39).

Por fim, o último pressuposto para a configuração da responsabilidade civil ambiental: o dano ambiental (Subseção 1.4.3, p. 39 - 41), ou seja, a alterações nocivas ao meio ambiente *latu sensu* que, por via reflexa, possam prejudicar uma coletividade, atingindo a saúde das pessoas ou outros bens indisponíveis (p. 42, item 1). O dano ambiental *latu sensu* é o dano ambiental coletivo, como macro-bem, direito difuso (artigo 81, I, do CDC), passível de reparação por aquele que violá-lo. Conforme visto, o dano ambiental (poluição de um rio ou de uma praia, por exemplo – micro-bens, que em seu conjunto constituem o macro-bem)

provém de diversas fontes, já que os esgotos originam-se de residências (esgotos domésticos) e estabelecimentos (esgotos comerciais e industriais) da própria cidade, havendo vários causadores (uma das características peculiares do dano ambiental - Seção 1.4, p. 43, item 4), em tese. Entretanto, como visto, basta o município concorrer para a causação do dano que o mesmo pode ser responsabilizado.

Assim sendo, os esgotos lançados a céu aberto em praias, rios terrenos abandonados, sem o devido tratamento adequado são capazes de causar danos de ordem ambiental, prejudicando a estética do local, os organismos que ali vivem, bem como diversas características biológicas do ecossistema atingido. Da mesma forma, esses esgotos também podem causar danos de ordem individual, por via reflexa, atingindo a saúde de diversas pessoas que convivem no local (como será visto na próxima subseção).

Em referência aos danos ambientais, o Relatório de Auditoria Operacional elaborado pelo TCE/SC (SANTA CATARINA, 2010, p. 3) assim dispõe:

Além disso, uma das principais causas da poluição do solo, de águas subterrâneas, de mananciais superficiais e cursos de água em Santa Catarina é a destinação inadequada de esgotos sanitários domésticos e industriais, conforme atesta a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental (Abes).

Sobre a existência de rede coletora de esgoto no Estado, dados de 2006 apontam que apenas 12,63% dos municípios catarinenses possuíam sistema de tratamento sanitário implantados, mas apenas 12% das pessoas que vivem nas cidades são atendidas pelo serviço, enquanto a média nacional é de 44% (Abes/2008).

Ademais, o Relatório chama a atenção para o caso da balneabilidade e os riscos para a saúde pública nas águas que não possuem padrões adequados de balneabilidade, além dos danos ambientais provocados nesses locais:

Balneabilidade é a capacidade que um local tem de possibilitar o banho e atividades esportivas em suas águas, considerada como um padrão de qualidade das águas destinadas a recreação de contato primário (direto). A balneabilidade é determinada a partir da quantidade de bactérias do grupo coliformes presentes na água. (SANTA CATARINA, 2010, p. 39).

Tendo em vista a constância de resultados impróprios neste local alerta-se para possíveis riscos à saúde pública. Os efeitos da descarga de esgoto não tratado no mar incluem: (a) a destruição de habitat, danos à biodiversidade e possível eutrofização, que pode levar às florações de algas, incluindo algas nocivas; (b) risco à saúde humana, incluindo infecção pelo banho de mar e pelo consumo de frutos do mar contaminados; e (c) impactos negativos em atividades econômicas, como pesca e turismo (SANTA CATARINA, 2010, p. 44).

Portanto, restou evidenciado que o município se enquadra como ambientalmente responsável pelos danos ambientais decorrentes de esgotos a céu aberto, devendo, portanto, repará-lo (Subseção 1.2.4, p. 27 - 28). Trata-se da função relevante no âmbito do direito ambiental, pois, como verificado no Capítulo 1, mais precisamente nos princípios da

responsabilidade civil ambiental, a função primária da responsabilidade ambiental é prevenir futuros danos (Subseção 1.2.1, p. 23 - 25 e Subseção 1.2.2, p. 25 - 26), função esta que constitui a finalidade primordial do Direito Ambiental, aplicável ao caso apresentado.

3.4.2 Enquadramento do município como responsável pelos danos individuais

Os danos causados ao meio ambiente considerado como macro-bem (conjuntos dos micro-bens ambientais) podem, por via reflexa, causar danos individuais às pessoas (Subseção 3.1.1, p. 75), atingindo bens indisponíveis e direitos subjetivos fundamentais (p. 71 - 74). E, se causados pelo Estado (no caso presente, o Poder Público Municipal), podem ensejar a responsabilização do mesmo, surgindo o dever de indenizar por parte do município.

Conforme visto, esses danos individuais sofridos pelos administrados por via reflexa dos danos ambientais atingem a saúde humana, direito público subjetivo previsto no artigo 196 da CRFB/1988.

A saúde humana, como direito fundamental, só será plenamente garantida caso o meio ambiente local esteja em equilíbrio. O meio ambiente ecologicamente equilibrado trata-se, portanto, de um direito de proteção à saúde, pelo qual é pressuposto para consecução de uma vida plenamente saudável (Subseção 3.1.1, p. 72).

Na medida em que esses direitos são violados por parte do Município (que possui o dever de efetivá-los, conforme subseção anterior) por falta ou ineficiência de prestação de serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, surge o dever de indenizar do ente municipal. Esse dever de indenizar tem origem no momento em que a saúde de um administrado sofre um dano decorrente do dano ambiental provocado pelos esgotos a céu aberto, geralmente. Na medida em que esse poluente degrada um micro bem ambiental (praia, rio, etc.) e, por conta disso, afeta a saúde de uma pessoa, provocando-lhe um dano (uma doença que resulte em uma internação hospitalar, por exemplo), cabe ao Município indenizá-la, desde que preenchidos os pressupostos configuradores da responsabilidade civil do Estado por omissão, dispostos no Capítulo 2, Subseção 2.3, p. 55 – 56 e Subseção 2.3.2, p. 65 – 66 (responsabilidade sob o aspecto subjetivo).

Retornando ao caso do Município de Balneário Camboriú, de acordo com a visão geral que consta no Relatório de Auditoria (SANTA CATARINA, 2010, p. 2),

segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), 70% da mortalidade infantil, até cinco anos, são motivadas por doenças (poliomielite, hepatite A, disenteria amebiana, diarreia por vírus, febre tifoide, febre paratifoide, diarreias, cólera, esquistossomose) que poderiam ser evitadas havendo estrutura mínima de saneamento. Estudos da OMS comprovam que para cada dólar investido em saneamento básico há uma redução de cerca de quatro a cinco dólares nos gastos com medicina curativa.

Ainda, em relação ao Município referido, é importante mencionar que

A ETE Nova Esperança foi operada pela Casan por 19 anos e há 5 anos pela Emasa. O lodo das lagoas nunca foi retirado e a Emasa ficou com o passivo ambiental. O lodo de esgoto representa uma fonte potencial de riscos à saúde pública e ao ambiente, podendo potencializar a proliferação de vetores de moléstias e organismos nocivos. [...]. Constatou-se que o lodo retirado da lagoa estava sendo jogado no terreno da própria ETE, sem nenhum tipo de tratamento, podendo gerar danos ambientais (SANTA CATARINA, 2010, p. 31 -32).

Isso demonstra a importância do saneamento básico em prevenir riscos à saúde pública.

Indo adiante, e considerando já verificados, na subseção anterior, os deveres constitucionais e infraconstitucionais que qualificam o Município como o ente responsável pela prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, de forma direta ou indireta, como também como titular dos serviços de saneamento básico, passa-se à análise das teorias e pressupostos configuradores da responsabilidade civil do Poder Público Municipal e o seu dever de indenizar, no que tange aos danos individuais reflexos causados por sua inércia/omissão.

De acordo com o exposto no Capítulo 2, a doutrina e a jurisprudência dividem a responsabilidade civil do Estado por omissão entre objetiva e subjetiva (Seção 2.3, p. 55 - 56).

Na responsabilidade civil do Município por omissão objetiva, com base no artigo 37, § 6º da CRFB/1988 (Subseção 2.3.1, p 56), o município seria, em tese, o causador do dano, pois há uma omissão específica por parte do ente municipal referente a um dever especial de agir que seria o fato gerador do dano (p. 57 - 60). Tal responsabilidade possui pressupostos próprios (p. 59 - 61), que não são os adotados pelo autor, no caso em tela.

Já a responsabilidade civil do Município por omissão subjetiva se subdivide em duas correntes (Subseção 2.3.2, p. 63): a que considera toda e qualquer omissão como requisito para a caracterização da responsabilidade, doutrina essa capitaneada pelo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello; e a corrente capitaneada pelo doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, que considera para a caracterização da responsabilidade subjetiva por omissão apenas as omissões genéricas, que concorrem para o resultado, e não são consideradas causas diretas (p. 63 - 64). Ambas as correntes são criações de natureza doutrinária, não encontrando

respaldo na legislação vigente, inclusive no artigo 37, § 6º da CRFB/1988, e têm por fundamento a falta ou ineficiência da prestação do serviço público (p. 62- 63).

Para o enquadramento no presente caso, será utilizada a teoria e pressupostos aplicados pela doutrina que considera apenas as omissões genéricas para aferição do dano, corrente essa que segue Sérgio Cavalieri Filho e tantos outros doutrinadores (Subseção 2.3.2, p. 63 - 64).

Segundo essa corrente, os danos são causados por outras fontes (geralmente fatos de terceiro – os esgotos provenientes das residências e dos estabelecimentos industriais sem o adequado tratamento - ou força maior, inclusive), conforme visto na subseção anterior. Esses danos poderiam ter sido evitados/minorados pelo Município, que possui o dever legal de impedir o dano através da prestação (direta ou indireta) do serviço de esgotamento sanitário (Subseção 2.3.2, p. 64 - 65). Logo, o município concorre para o dano, pois a omissão é condição para a ocorrência do mesmo, e não a sua causa. O dano provocado (danos ao meio ambiente), por via reflexa, atinge a saúde das pessoas, causando-lhe doenças dos mais variados tipos (e gastos advindos da mesma), surgindo a pretensão indenizatória em face do município no caso de comprovação do dano.

Dentre os pressupostos para a configuração de tal responsabilidade, há o fato administrativo (omissão genérica), o dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano, e a culpa administrativa (Subseção 2.3.2, p. 66).

Com relação ao fato administrativo, o requisito se configura na medida em que o município pratica um ato omissivo que se torna condição para a aferição do dano (Subseção 2.3.2, p. 64) – no caso, não prestar o serviço público de esgotamento sanitário ou prestá-lo ineficientemente.

Sobre o nexo de causalidade, também se configura quando o dano provocado advém de um ato omissivo que concorreu para a sua aferição, formando o elo entre o fato administrativo e o dano.

O dano, terceiro pressuposto, surge por via reflexa do dano ambiental decorrente da omissão genérica provocada pelo município, que se consubstancia na própria violação do direito à saúde (artigo 196 da CRFB/1988), através de doenças e outros problemas de saúde sofridos pelos administrados.

Por fim, o quarto e último pressuposto: a culpa administrativa. Essa é a própria essência do trabalho, qual seja: a falta ou ineficiência do serviço público de coleta e

tratamento de esgotamento sanitário, causada pelo Poder Público Municipal. Alguns autores entendem que a culpa origina-se do descumprimento do dever legal de impedir a consumação do dano. Outros ainda, entendem como a culpa clássica, decorrente do ato ilícito, como observado nos tribunais superiores (Subseção 2.3.2, p. 66). Entretanto, para o autor, a configuração da primeira hipótese é considerada a mais viável, diante do presente caso.

Ainda, e não menos importante, cumpre destacar as excludentes que podem ilidir o dever de indenizar do município em relação aos danos sofridos pelos administrados, além do ônus da prova.

No caso em exame, se fosse aplicada a responsabilidade objetiva, poderia ser alegada, como excludentes, o fato de terceiro, os fatos da natureza e a culpa exclusiva da vítima e, ainda, a culpa concorrente da vítima como atenuante (Subseção 2.3.3, p. 66 - 67). Entretanto, por se tratar de responsabilidade subjetiva aplicada ao presente caso, a doutrina tende a seguir o caminho de que não há excludentes da medida em que o ente municipal concorreu para a ocorrência do dano (p. 67 – 68).

Sobre a inversão do ônus da prova, por fim, cumpre salientar que, para os adeptos da responsabilidade objetiva, a tendência é aplicar a inversão. Já para os da subjetiva, cabe à vítima comprovar a não prestação do serviço a fim de configurar a culpa do serviço, e consequentemente, a responsabilidade do Estado (município, no presente caso). Entretanto, esse entendimento não é unânime, pois há doutrinadores que admitem a presunção de culpa ante a extrema dificuldade do particular em provar a falta ou ineficiência do serviço público de esgotamento sanitário prestado pelo município, aplicando a inversão do ônus da prova em favor do administrado (Subseção 2.3.3, p. 68).

CONCLUSÃO

Considerado um serviço público de extrema importância, o serviço público de coleta e tratamento de esgotamento sanitário (incluído no rol dos serviços do saneamento básico) vem, atualmente, sendo ignorado pela maioria dos municípios brasileiros, conforme demonstraram os dados colhidos. A sua importância se resume no seu caráter preventivo, em que a adequada prestação do serviço evitará um grande número de patologias que afeta a sociedade, efetivando o direito subjetivo fundamental à saúde humana, direito este constitucionalmente consagrado na CRFB/1988.

Ademais, a prestação adequada do serviço também tem o condão de prevenir a degradação de áreas ambientais de suma importância para a vida humana, como também recuperar as áreas degradadas pela ineficiente execução do serviço (ou, muitas vezes, inexistente). A consequência dessa atitude reflete na plena fruição ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito autônomo, difuso e fundamental, estampado no artigo 225 da CRFB/1988. Verificou-se que esse direito constitui pressuposto inafastável para a fruição do direito à saúde plena, esculpido no artigo 196 da CRFB/1988, como já comentado.

Entretanto, para resolver o problema do saneamento básico, mais especificamente do esgotamento sanitário encontrado em incontáveis casos ao longo do território brasileiro, há a necessidade de pesquisar quem são as pessoas responsáveis pelos resultados desastrosos desse problema que afeta inúmeras pessoas País afora. Não se tem dúvidas de que são muitos os fatores, as causas e os sujeitos responsáveis pela falta ou má prestação do serviço público de esgotamento sanitário no Brasil. Entretanto, o presente trabalho buscou estudar apenas um dos responsáveis, qual seja, o município, pessoa jurídica de direito público, e a sua relação com o serviço, com o objetivo de demonstrar a relação e os elos que o ligam a esse problema, impossibilitando-o de se eximir da sua responsabilidade perante os danos ocasionados. Independentemente da forma de prestação do serviço, este trabalho tem, mais precisamente, como finalidade, demonstrar que o ente municipal é um dos responsáveis a recuperar o meio ambiente degradado e a indenizar os danos individuais sofridos por cada administrado - estes decorrentes dos danos ambientais correlacionados à falta ou ineficiência na prestação do serviço de esgotamento sanitário.

Para tanto, foi realizada uma longa pesquisa, iniciando-se com a responsabilidade civil ambiental, adentrando-se nos seus conceitos, na sua evolução histórica, resultando na

responsabilidade ambiental objetiva, esculpida nos artigos 14, § 1º da Lei n. 6.938/1981 e 225, § 3º da CRFB/1988.

Seguiu-se ao encontro dos princípios que norteiam a responsabilidade civil ambiental, quais sejam: o Princípio da Prevenção, o Princípio da Precaução, o Princípio do Poluidor-Pagador e o Princípio da Reparação Integral, demonstrando o caráter eminentemente preventivo que tais princípios representam.

Adentrando-se nos sujeitos responsáveis em matéria de danos ambientais, foi constatado que há poluidores diretos (os que causam a degradação ambiental) e os poluidores indiretos (os que condicionam para a ocorrência dos danos através de atos comissivos ou omissivos), demonstrando, também, a tendência em se aplicar a solidariedade entre os poluidores do bem ambiental.

Mais a frente, foram averiguados os pressupostos da responsabilidade civil ambiental, e a divergência doutrinária acerca de quais seriam os pressupostos aplicáveis. Por conta desse impasse, o autor, levando em consideração aspectos legais e doutrinários, preferiu delimitar os pressupostos em conduta poluidora, dano ambiental e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Sobre a conduta poluidora, foi dada ênfase ao conceito de poluidor para delimitar o seu alcance. Em relação ao nexo de causalidade, foram expostas as teorias adotadas pelas diversas correntes doutrinárias, além da tendência de inverter o ônus da prova em face do poluidor. Com relação ao dano, foi demonstrado que o dano ambiental provém da violação do meio ambiente na concepção de macro-bem. Ademais, verificou-se a classificação do dano ambiental em dano ambiental coletivo e dano ambiental futuro, além de delimitar as características peculiares do dano ambiental que o diferem do dano tradicional.

Como o estudo do presente trabalho visou imputar a responsabilidade do município pelos danos ambientais e individuais correlacionados com a sua conduta omissiva, foi necessária descrever, no segundo capítulo, a responsabilidade civil do Estado por omissão, já que o município é considerado uma pessoa jurídica de direito público.

Também foi importante mencionar a lesão causada aos administrados por via reflexa do dano ambiental verificado, que ensejam a indenização do particular em face do Poder Público (no caso, o municipal), pois reparação da responsabilidade civil estatal consiste em indenizar o prejudicado, diferenciando da ambiental, já que nesta o objetivo é recuperar o meio ambiente degradado ao seu *status quo*.

Nesse ínterim, foram definidos os conceitos, a evolução histórica e as principais teorias que foram elaboradas sobre o tema da responsabilidade civil estatal. Dentre as teorias, destacam-se: a teoria da irresponsabilidade do Estado; as teorias civilistas; e as teorias publicistas, quais sejam, a teoria da falta do serviço (culpa anônima ou culpa do serviço) e as teorias do risco (risco administrativo e risco integral).

Adentrou-se no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na sua história e nas teorias adotadas, segundo as fontes doutrinárias, até chegar ao conceito delimitado no artigo 37, § 6º da CRFB/1988.

Nesse ponto, foi aprofundada a responsabilidade civil do Estado por omissão, dividindo-se as correntes doutrinárias naqueles que acreditam que o referido artigo adotou tal tipo de responsabilidade sob o aspecto objetivo e naqueles autores que entendem que o artigo 37, § 6º da CRFB/1988 só adotou a responsabilidade objetiva decorrentes de condutas comissivas; logo, para esta corrente, a responsabilidade seria subjetiva com base na culpa ou falta do serviço, entendimento com bases e origem doutrinária. A jurisprudência também é muito controversa quanto a esses pontos, havendo inclusive divergência dentro dos próprios Tribunais Superiores (STF e STJ).

Investigando a natureza e os pressupostos de cada espécie de responsabilidade (objetiva e subjetiva), verificou-se que esta (a subjetiva) sofre uma pequena subdivisão: uma corrente entende que qualquer omissão é capaz de gerar a responsabilidade do estado; a outra divide a omissão em genérica e específica: a omissão específica seria a causa do dano e, por isso, seria aplicada a responsabilidade objetiva; já a genérica corresponderia à condição do dano, e não a sua causa, corrente esta adotada pelo autor.

Por fim, foram verificadas as excludentes aplicáveis para cada espécie de responsabilidade, como também a aplicação da inversão do ônus da prova, cada vez mais frequente nos casos de omissão do Estado que resultam em danos aos administrados.

No Capítulo 3, foram aprofundados os fundamentos que determinam a responsabilidade civil do Município por omissão na prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, consubstanciados no meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da CRFB/1988) e na saúde humana (artigo 196 da CRFB/1988). Também foi estudada a inter-relação entre esses dois direitos subjetivos fundamentais.

Com vistas a aferir a responsabilidade do município, foi constatada a sua titularidade em relação aos serviços de saneamento básico, com base no artigo 30, V da CRFB/1988 e na

ampla corrente doutrinária apontando-o como titular, com base na referida norma constitucional.

Aprofundando o tema, foram constatados os deveres infraconstitucionais do titular do serviço público de coleta e esgotamento sanitário, com base, principalmente, na Lei n. 11.445/2007, como também o próprio dever de prestação conferido ao município, na medida em que este não opte delegar a prestação dos serviços a terceiros concessionários.

Da mesma forma, aprofundou-se nos deveres do titular, ainda que a prestação do serviço seja delegado a terceiro, e diferenciou-se a fiscalização efetuada pelo titular, pela agência reguladora a quem foi delegada a regulação do serviço e a fiscalização efetuada pelos órgãos ambientais, com base na finalidade de cada dever, verificando que o município possui deveres que o vinculam ao dano gerador da responsabilidade.

Ainda, o autor analisou a solidariedade entre o titular dos serviços de saneamento básico e o terceiro prestador para reparar os danos ambientais provocados, colacionando diversos entendimentos, tantos doutrinários como jurisprudenciais, e evidenciando que não há consenso quanto ao assunto, pois boa parcela da doutrina e jurisprudência entende que a responsabilidade do titular é meramente subsidiária.

Mais à frente, foram tratados os obstáculos para responsabilizar o município pelos danos ambientais e individuais verificados, na tentativa de impedir o controle jurisdicional para imputar tal responsabilidade. Dentre eles, foram expostos a discricionariedade do ato administrativo e a (im)possibilidade de adentrar ao seu mérito, que, em tese, caberia apenas ao Executivo fazê-lo.

Da mesma forma, foi alegada a implementação de políticas públicas e a sua conceituação como ato político, com a impossibilidade da intervenção judicial nos casos do presente estudo.

Entretanto, foram demonstrados que os atos acima referidos (dever de prestação do serviço de esgotamento sanitário e a sua omissão) são atos vinculados, cabendo a interferência do Judiciário para efetivar a prestação do serviço. Ademais, verificou-se que, se esses atos violarem direitos subjetivos constitucionalmente previstos, ainda que sejam considerados discricionários ou políticos, a interferência do Judiciário é legítima, pois o Estado tem o dever de efetivar tais direitos, como direitos subjetivos prestacionais (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito à saúde humana), que, nesse caso, se consubstanciam como fundamentos dessa interferência.

Ainda, foi verificada que a reserva do possível orçamentário não se constitui óbice para a reparação dos danos ambientais e para a indenização por parte dos administrados pelos danos individualmente sofridos.

Finalizando o presente trabalho, foi constatado, no Capítulo 3, o enquadramento do município como responsável sob dois aspectos:

Com relação ao primeiro aspecto, foi feito o enquadramento do município sobre os danos ambientais causados decorrentes da sua conduta omissiva (a não prestação ou a ineficiência da prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário) relacionando os pressupostos que o tornam responsável para reparar os danos verificados no meio ambiente, considerado no seu sentido de macro-bem, como também houve a demonstração dos fundamentos constitucionais e os deveres infraconstitucionais para definir e justificar tal imputação.

Já no segundo, foi realizado o enquadramento do município pelos danos individuais sofridos pelos administrados, via reflexa, originados do dano ambiental constatado que o município concorreu, em tese, para a sua consecução. Nesse aspecto, foram verificados os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil do município decorrente de sua omissão, de onde nasce a pretensão do particular para obter a devida indenização pelos danos individuais sofridos.

Em ambos os casos, foram realizadas remissões ao longo do texto para justificar o correto enquadramento do município como responsável, tanto quanto aos danos ambientais, como aos danos individuais sofridos pelos administrados.

Ao mesmo tempo em que foi verificado o enquadramento, foi analisado o caso do Município de Balneário Camboriú e a prestação do serviço de esgotamento sanitário que ocorre em seu território, evidenciando que o município catarinense é exceção frente aos municípios brasileiros, pois possui uma porcentagem elevada da sua população atendida pelo serviço de esgotamento sanitário, enquanto que a maioria dos municípios brasileiros possui um baixo índice ou, em grande parte dos casos, nem presta o serviço. Isso tudo de acordo com os dados colacionados ao longo do Capítulo 3 e com base no Relatório de Auditoria Operacional, elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, documento anexo ao presente trabalho. Entretanto, mesmo sendo exceção à regra, ainda assim foram verificados diversos problemas relacionados à ineficiência da prestação do serviço.

Evidenciando, portanto, a necessidade de uma adequada prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotamento sanitário pelo município, restou demonstrada, neste trabalho, a sua imputabilidade como responsável pelos danos ambientais e individuais correlacionados com a sua conduta. Ademais, o trabalho também demonstrou como objetivo secundário, mas não menos importante, a adequada prestação do serviço público de esgotamento sanitário com a finalidade de prevenir futuras patologias que a sua falta ou ineficiência pode acarretar à população, efetivando os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde humana às presentes e futuras gerações, conforme dispõem dos artigos 225 e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. v. 67. Coimbra: **Boletim da faculdade de direito**, 1991.

ATHIAS, Jorge Nunes. Responsabilidade civil e meio ambiente: breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIM, Antônio Herman. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, 28 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 05 maio 2014.

_____. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos (coord.). **Função ambiental: dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de direito ambiental**. n. 9/44. São Paulo, ano 3, jan.-mar./1998.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. Lineamentos da responsabilidade civil ambiental. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas essenciais: direito ambiental**. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Decreto-Lei 227, de 28 de fevereiro de 1967.** Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912.** Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Decreto 7.217, de 21 de junho de 2012.** Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em: 29 maio 2014.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogada pela Lei 10.406, de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976.** Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6367.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977.** Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Lei 7.347 de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e da outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro da Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 29 maio 2014.

_____. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

_____. **Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.** Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.HTM>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. **Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

_____. **Lei 11.107, de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.071.741/SP.** Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 24 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 650.728/SC.** Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 23 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.090.968/SP.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de junho de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.378.705/SC.** Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 03 de outubro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 40.317/SP.** Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 22 de outubro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 972.902/RS.** Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 471.606/SP.** Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 130.525-9/SC.** Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 02 de abril de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.103.840/PE.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 02 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.228.224/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 03 de maio de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 302.747/SE**. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 16 de abril de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 647.493/SC**. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.230.155/PR**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 05 de setembro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 28.222/SP**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 15 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 575.998/MG**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 07 de outubro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 429.570/GO**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 382.054**. Relator: Ministro Carlos Velloso, Brasília, 03 de agosto de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 852.215**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 109.615/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 28 de maio de 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 852.237/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de junho de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014..

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842/RJ**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.077/BA**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 maio 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 2000.72.01.001059-8**. Relator: Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 04 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 0004194-83.2004.404.7201**. Relator: Desembargador Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 12 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BURING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do estado**. São Paulo: Thomson, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Alessandra Ourique de; ADAS, Carolina Chobanian. Políticas estaduais de saneamento básico na ótica da Lei n. 11.445/20007. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo código civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Álvaro José Menezes da. Companhia estaduais na prestação de serviços de saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

DALLARI, Sueli Gandolf; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2012. 462 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONDIM, Liliane Sonsol. Limites à atuação das agências reguladoras em relação a saúde, ambiente e recursos hídricos. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, v. 18, n. 30, 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/216>. Acesso em: 05 maio 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; CARVALHO, Délton Winter de. O nexó de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Carlos Henrique da Cruz. Empresas privadas na gestão de serviços de saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

LIMA NETO, Iran Eduardo; SANTOS, André Bezerra dos. Planos de saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Doutrinas essenciais: direito ambiental**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. _____. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIGUEL, Alexandre. Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. **Revista de direito ambiental**. n. 8/32, out.-dez./2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental e o Princípio da Reparação Integral do Dano. In NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. São Paulo: **Justitia**. n. 46-126/268-189, jul.-set./1984.

NOVELLI, Gustavo Dal Toé. **Atuais fronteiras da responsabilidade civil ambiental no ordenamento jurídico brasileiro**. VI Simpósio Dano Ambiental na Sociedade de Risco, Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, Florianópolis, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Competências constitucionais em projetos de saneamento básico: o mito do interesse local nos votos do Supremo Tribunal Federal.

LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (coord.). **Revista de direito ambiental, ano 17 – 68**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. **Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 23. Abr. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

PINTO, Bibiana Graeff Chagas. O novo quadro jurídico dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e os direitos fundamentais: reflexões em direito comparado francês e brasileiro. LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (coord.). **Revista de direito ambiental, ano 12**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez, 2007.

PINTO, Helena Elias. **Reponsabilidade civil do estado por omissão**: na jurisprudência do supremo tribunal federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PROBST, Marcos Fey. Consórcios na regulação do saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico**: abastecimento de água e esgotamento sanitário. Barueri: Manole, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Elementos de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSSETTO; Adriana Marques; LERÍPIO; Alexandre de Ávila. Gestão de políticas públicas de saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico**: abastecimento de água e esgotamento sanitário. Barueri: Manole, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Relatório de auditoria operacional do sistema de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú**. Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/files/file/dae/aop_-_sistema_de_esgotamento_sanitario_de_balneario_camboriu.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2014.016940-0**. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, 06 de maio de 2014. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 16 maio 2014.

SANTOS, Lourival Rodrigues dos; NOGUEIRA, Vera Lúcia; OLIVEIRA, Silvia M. Shinkai. Serviços e departamentos autônomos na Gestão de Saneamento Básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOARES, Petrônio Ferreira Consórcios públicos na gestão de serviços de saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STIMAMIGLIO, Adriano. Agências municipais na regulação do saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. Salvador: Juspodivm, 2011.

TRINDADE, Karla Bertocco. Agências estaduais na regulação do saneamento básico. In: PHILIPPI JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro Galvão (eds.). **Gestão de saneamento básico**: abastecimento de água e esgotamento sanitário. Barueri: Manole, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**: à luz do novo Código Civil. Curitiba: Juruá, 2004.

**ANEXO ÚNICO – RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL DO SISTEMA
DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

Diretoria de Atividades Especiais

Processo:	RLA-10/00467209
Unidade Gestora:	Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú Empresa Municipal de Água e Saneamento de Balneário Camboriú – EMASA
Responsável:	Edson Renato Dias Ney Clivati
Assunto:	Auditoria do Sistema de Esgotamento Sanitário de Balneário Camboriú
Relatório de Instrução:	DAE - 79/2010

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Auditoria do Sistema de Esgotamento Sanitário de Balneário Camboriú, vinculada ao Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros (Promoex) o qual previu a realização pelos tribunais de contas aderentes a realização da terceira fiscalização de natureza operacional (a primeira foi na área de educação e a segunda na área de saúde).

Neste terceiro momento os Tribunais foram estimulados a realizar auditoria na área de saneamento, em um dos três principais serviços abrangidos: abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo dos resíduos sólidos. Os auditores responsáveis por esta auditoria participaram, durante uma semana, de curso em Brasília, junto com outros tribunais brasileiros, para capacitação em técnicas de auditoria operacional e elaboração de modelo de matriz de planejamento.

Os municípios de Itajaí, Itapema e Balneário Camboriú foram selecionados para o levantamento na área de saneamento. A opção escolhida foi Balneário Camboriú, visto que o Tribunal realizou auditorias no mesmo tema naqueles municípios.

Selecionado o Município, elaborou-se Matriz de Risco para avaliar qual dos dois serviços poderia apresentar maiores problemas de desempenho: abastecimento de água ou esgotamento sanitário. Na pontuação estabelecida, o esgotamento sanitário teve cinquenta por cento mais pontos do que o abastecimento de água, sendo o tema escolhido.

No item 1 deste Relatório consta a Introdução, a Visão Geral da Auditoria, os Objetivos e a Metodologia utilizada. No item 2, encontram-se as constatações do escopo de avaliação. Constam ainda a análise dos comentários do Gestor e as Considerações Finais. No item 3 está a Conclusão, com as determinações e recomendações visando a melhoria do desempenho do sistema de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú.

VISÃO GERAL DA AUDITORIA

O esgotamento sanitário compõe um dos quatro serviços enquadrados pela Lei federal nº 11.445/2007 como saneamento básico, assim como o abastecimento de água potável, gestão dos resíduos sólidos e drenagem urbana. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), 70% da mortalidade infantil, até cinco anos, são motivadas por doenças (poliomielite, hepatite A, disenteria amebiana, diarreia por vírus, febre tifóide, febre paratífóide, diarreias, cólera, esquistossomose) que poderiam ser evitadas havendo estrutura mínima de saneamento.

Estudos da OMS comprovam que para cada dólar investido em saneamento básico há uma redução de cerca de quatro a cinco dólares nos gastos com medicina curativa.

Além disso, uma das principais causas da poluição do solo, de águas subterrâneas, de mananciais superficiais e cursos de água em Santa Catarina é a destinação inadequada de esgotos sanitários domésticos e industriais, conforme atesta a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental (Abes).

Sobre a existência de rede coletora de esgoto no Estado, dados de 2006 apontam que apenas 12,63% dos municípios catarinenses possuíam sistema de tratamento sanitário implantados, mas apenas 12% das pessoas que vivem nas cidades são atendidas pelo serviço, enquanto a média nacional é de 44% (Abes/2008).

No entanto, o município de Balneário Camboriú é exceção a regra, visto que 85% da população têm a sua disposição rede coletora (Trata Brasil/2008). Comparativamente à cobertura do esgotamento sanitário em Santa Catarina, Balneário Camboriú está acima da média nacional e estadual, conforme Quadro 1.

Quadro 1 - Comparativo do percentual de cobertura do esgotamento sanitário.

	Brasil	Santa Catarina	Balneário Camboriú
Percentual	50%	14,4%	85%

Fonte: Trata Brasil/2008.

VISÃO GERAL DO AUDITADO

O município de Balneário Camboriú está distante 80 km de Florianópolis. Tem população estimada de cem mil pessoas, sendo que na temporada de verão este número pode passar de quinhentos mil. Até o ano de 2005, a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário estava sob a responsabilidade da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan).

Após romper com a estatal, o município passou a prestar diretamente os citados serviços, criando, por meio da Lei municipal nº 2.498/2005, a Empresa Municipal de Água e Saneamento (Emasa), que em verdade possui natureza jurídica de Autarquia, sendo regida pelo Direito Público. Foi o Decreto municipal

nº 4.237/2005 que aprovou o regulamento, a tabela tarifária e a tabela de preços dos serviços prestados pela Emasa.

Responsável

O responsável pelo saneamento (água e esgoto) é a Emasa, criada pela Lei Municipal nº 2.498/2005, com as seguintes competências, dentre outras:

I – Coordenar o planejamento, executar, operar e explorar serviços públicos de esgotos e abastecimento de água potável, bem como realizar obras de saneamento básico e prestar serviços de infraestrutura;

II – Estudar, projetar e executar, diretamente ou mediante contrato, as obras relativas à construção, ampliação ou remodelação dos sistemas públicos de abastecimento de água potável e de esgotos sanitários;

III – Promover levantamento e estudos econômico-financeiros relacionados a projetos de saneamento básico;

IV – exercer quaisquer outras atividades relacionadas com os sistemas públicos de abastecimento de água, de esgoto e de infraestrutura.

Por meio do Termo de Contrato nº 063/2006, a Emasa contratou o Consórcio Saneter Enops (Anexo E – fls. 483) para execução de serviços técnicos de engenharia para operação, manutenção e melhorias do sistema de abastecimento de água e coleta de esgotos de Balneário Camboriú. Nesta configuração, a Emasa gerencia o sistema enquanto o Consórcio Saneter Enops cabe operá-lo.

SISTEMA DE TRATAMENTO

O sistema de tratamento de esgoto de Balneário Camboriú é constituído por duas Estações de Tratamento de Esgoto - ETEs: (a) ETE Nova Esperança, cujo modelo denomina-se “Sistema Australiano”, composto por 2 (duas) Lagoas

Anaeróbias e 2 (duas) Lagoas Facultativas (Figura 1 e 2); (b) e ETE Taquaras, como modelo “Compacta UBOX”, com tratamento primário com Reator UASB, tratamento secundário com Lodo Ativado e tratamento terciário com filtro de areia auto limpante.

Figura 1 – ETE Nova Esperança.



Imagem de satélite das Lagoas de Estabilização e Facultativa da ETE Nova Esperança.

Fonte: Google Earth

Figura 2 – Lagoa Facultativa e de Estabilização.



Foto nº 1254 de 13/09/2010 - Lagoa Facultativa (acima).

Foto nº 1239 de 27/09/2010 - Lagoa de Estabilização (abaixo).

Fonte: TCE/SC

A Emasa informou que todo esgoto coletado de Balneário Camboriú é encaminhado para uma das ETEs. O esgoto não coletado daquelas residências que ainda não tem rede coletora na sua região é tratado pelo sistema alternativo, ou seja, por meio de fossas sépticas, sumidouro e filtro anaeróbio para, em seguida, ser lançado na rede pluvial.

Ressalta-se que o Sistema Australiano da ETE Nova Esperança será substituído, conforme informações da Emasa, até setembro de 2011, por um novo sistema de tratamento, denominado “Lodo ativado de aeração prolongada”. Para construção das obras civis, as 2 (duas) Lagoas de Estabilização foram desativadas. Atualmente todo o tratamento de esgoto de Balneário Camboriú é realizado pelas 2 (duas) Lagoas Facultativas.

A autarquia informou também que todas as análises laboratoriais para comprovação dos parâmetros físicos, químicos e biológicos exigidas pela legislação são realizadas. O laboratório é próprio, mas o serviço é terceirizado.

Na ETE Nova Esperança são gerados os seguintes rejeitos: material grosseiro resultante do gradeamento, areia dos desarenadores, gordura, gás sulfídrico e lodo.

Beneficiários

Estima-se que 85% da população de Balneário Camboriú têm a sua disposição rede coletora de esgoto (Trata Brasil/2008). No entanto, rede a disposição não quer dizer que foi realizada a ligação do ramal predial a rede. Neste caso, compete ao município exigir e fiscalizar a ligações.

RECEITA E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Informações da Autarquia Municipal indicam a seguinte configuração de investimento no sistema de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú, constante do Quadro 2:

Quadro 2 - Investimentos em esgoto pela Emasa entre 2006 a 2010*.

Ano	Orçado (milhões)	Realizado (milhões)	Diferença (milhões)
2006	4.385.765,71	2.771.758,70	1.614.007,01
2007	11.115.226,85	10.324.083,70	791.143,15
2008	8.347.532,15	7.690.612,78	656.919,37
2009	12.651.000,00	8.803.742,63	3.847.257,37
2010**	17.920.271,00	7.861.480,16	10.058.790,84

* O valor orçado está atualizado com os créditos adicionais até o final de cada exercício.

** Realizado até maio de 2010.

Fonte: Emasa.

METODOLOGIA

A metodologia aplicada nesta auditoria operacional, de acordo com etapas, foram:

(a) Fase de planejamento – proporcionou conhecer melhor o objeto auditado, elaborando-se a Matriz de Planejamento. Sua construção incluiu: (a.1) requisição

de documentos a Emasa e a Fundação do Meio Ambiente (Fatma), considerando-se a sua análise; (a.2) pesquisa na rede mundial de computadores, leitura de artigos técnicos e científicos; (a.3) aplicação da técnica de construção das forças (*strengths*), fraquezas (*weaknesses*), oportunidades (*opportunities*) e ameaças (*threats*) (*Swot*) do tema em análise com a consequente elaboração do Diagrama de Verificação de Risco (DVR), destacando-se as questões que de fato comprometem o desempenho do sistema de esgotamento sanitário; (a.4) elaboração dos papéis de trabalho de execução, sendo 8 (oito) ao total; (a. 5) elaboração da Matriz de Critérios, reunido-se em documento único as normas e regras relativas ao tema; e (a.6) realização de 2 (dois) painéis de referencia, em que as entidades auditadas e a sociedade tiveram a oportunidade de conhecer e contribuir com o planejamento da auditoria.

(b) Fase de execução – esta etapa é confirmação do que foi planejado. A aplicação dos papéis de trabalho de execução realizou-se por meio de pesquisa em campo, em que os auditores responsáveis pela auditoria estiveram em Balneário Camboriú, questionando os gestores, obtendo informações e novos dados. Foram questionados: Emasa, Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú, Secretaria de Meio Ambiente, Vigilância Sanitária, Comitê Coordenador do Plano de Saneamento e operador da ETE. Realizou-se inspeção física da ETE Nova Esperança, sendo possível verificar, por meio de observação direta, o funcionamento do sistema e da Estação. Para fundamentar as constatações, foram feitas análises dos documentos encaminhados, leitura de documentos técnicos e pesquisa em banco de dados.

A qualidade do tratamento da ETE Nova Esperança foi atestada pelos resultados das análises do afluente (esgoto bruto) e efluente (esgoto tratado), realizados pela Freitag Análises Laboratoriais, contratada por este Tribunal, conforme Contrato nº 0021/2010 (fls. 75-78).

Conforme o objeto de contrato competia a Freitag além de coletar amostras e realizar análises laboratoriais do esgoto, conforme Quadro 3, coletar amostras e realizar análises da água do Rio Camboriú, à montante e jusante do lançamento do efluente (Quadro 4) e coletar amostras e realizar análises de colimetria

(Coliformes fecais e totais) da areia da Praia Central em 4 (quatro) pontos nos dias 11 e 25 de outubro.

Quadro 3 – Cronograma de coleta de amostras do esgoto bruto e tratado da ETE Nova Esperança.

Mês	Dia	Hora
Setembro	13	10h e 14h
	20	
	27	
Outubro	04	10h e 14h
	11	
	18	
	25	
Novembro	01	10h e 14h
	08	
	22	

Quadro 4 – Cronograma de coleta de amostras no Rio Camboriú à montante e jusante do lançamento efluente.

Mês	Dia	Hora
Setembro	20	13h
Outubro	11	13h
Novembro	08	13h

OBJETIVO GERAL

Avaliar o Sistema de Esgotamento Sanitário do Município de Balneário Camboriú.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Os objetivos específicos são:

(a) Avaliar se a Estação de Tratamento de Esgoto Nova Esperança tem capacidade, sistema de tratamento e destinação adequados e que preservam o meio ambiente;

(b) Avaliar em que medida o Serviço de Esgotamento Sanitário possui instrumento de planejamento das ações; e

(c) Avaliar em que medida o Serviço de Esgotamento Sanitário proporciona mecanismos de controle social.

2. ANÁLISE

2.1. ETE NOVA ESPERANÇA

2.1.1

Achado: Inexistência de Licença Ambiental da ETE Nova Esperança.

O licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, a instalação e a operação de empreendimentos e atividades que utilizam recursos naturais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, nos termos do inciso I do art. 1º da Resolução Conama nº 237/1997.

Na licença, o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadores dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob, qualquer forma, possam causar degradação ambiental (inciso II do art. 1º da Resolução Conama nº 237/1997).

Conforme o art. 3º da Resolução Conama nº 05/1988, estão sujeitos a licenciamento ambiental os sistemas de esgotos sanitários, incluindo os seguintes equipamentos: (a) obras de coletores tronco; (b) interceptores; (c) elevatórias; (d) estações de tratamento; (e) emissários; e (f) disposição final. Ressalta-se que as disposições desta Resolução aplicam-se também a obras já implantadas.

Ademais, conforme inciso VIII do art. 6º da Lei estadual nº 13.517/2005, as ações, obras e serviços de saneamento serão planejadas e executadas de acordo com as normas relativas à proteção ao meio ambiente e à saúde pública, cabendo aos órgãos e entidades por elas responsáveis o licenciamento, fiscalização e controle dessas ações, obras e serviços, nos termos de sua competência legal.

O Tribunal solicitou a Emasa, por meio do ofício DAE nº 10.300/2010 (fls. 68-70), a Licença Ambiental de Operação da ETE Nova Esperança. A Emasa informou, conforme Ofício nº 582/2010 (fls. 143), que encaminhou expediente (Ofício nº 352, de 31/05/2010) ao Gerente de Desenvolvimento Ambiental da Fatma de Itajaí, solicitando a Licença Ambiental Prévia para construção da nova ETE Nova Esperança.

Ressalta-se que desde junho de 2009 a Emasa empreende ações para construção de uma nova estação de tratamento de esgoto no mesmo local onde atualmente funciona a ETE Nova Esperança. A previsão de início de operação da nova estação é setembro de 2011.

O sistema atual da ETE Nova Esperança foi construído em 1986 pela Casan e nunca foi licenciada pela Fatma ou outro órgão ambiental. Portanto, há mais de 22 (vinte e dois) anos opera sem anuência e controle ambiental.

Constata-se, desta forma, que o sistema de tratamento de esgoto e, especialmente, a ETE Nova Esperança, esta operando em desacordo com as normas ambientais.

Isto posto, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú obter a licença ambiental de operação da ETE Nova Esperança, conforme art. 22 do Decreto federal nº 7.217/2010, art. 1º da Resolução Conama nº 237/97, alínea “d” do inciso II do art. 3º da Resolução Conama nº 05/1988, inciso VIII do art. 6º da Lei estadual nº 13.517/2005 e arts. 1º e 6º da Resolução Consema nº 001/2006.

A obtenção da licença de operação permitirá a adequação da operação da ETE Nova Esperança às normas ambientais.

2.1.2.

Achado: Inexistência de outorga de direito de uso do Rio Camboriú para disposição do efluente da ETE Nova Esperança.

A Lei federal nº 11.445/2007 em seu art. 4º, parágrafo único diz que “a utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei federal nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos)”. Destaca-se também a Lei estadual nº 9.748/1994, que estabeleceu a Política Estadual de Recursos Hídricos, que no inciso I do art. 1º faz a mesma exigência.

A outorga é um instrumento necessário para o gerenciamento dos recursos hídricos, pois permite o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água, possibilitando uma distribuição mais justa e equilibrada dos recursos, evitando o conflito entre os diversos usuários, finalidades e interesses, influenciando na melhoria da qualidade e preservação ambiental.

Foi solicitada a outorga de direito de uso do Rio Camboriú para disposição de esgoto tratado no corpo hídrico, através do Ofício DAE nº 10.300/2010 (fls. 68-70), item 12 (de 17/08/2010),

A Emasa encaminhou justificativa e documentos, onde consta resposta sobre a outorga dizendo que, quanto a este item, “não atende ao requisito”, através Ofício nº 582 (fls. 146), de 31/08/10.

Diante dos fatos, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú obter a outorga de direito de uso do Rio Camboriú para disposição de efluente no corpo hídrico, conforme exige o inciso III do art. 12 da Lei federal nº 9.433/1997, parágrafo único do art. 4º da Lei federal nº 11.445/2007 e inciso I do

art. 1º da Lei estadual nº 9.748/1994, visando garantir a qualidade e uso múltiplo do corpo hídrico receptor.

2.1.3.

Achado: Inexistência de alvará sanitário da ETE Nova Esperança.

A vigilância sanitária municipal (Visa) é tida como um conjunto de ações destinadas a eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde, devendo intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, de produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse de saúde, conforme § 1º do art. 6º da Lei federal nº 8.080/1990.

O inciso II do art. 6º da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.565/1994 incluiu a área de saneamento básico como um dos campos de atuação da vigilância sanitária, nas três esferas de governo. Essa Portaria previu a descentralização da Visa, estabelecendo as competências de cada ente da federação. Ao município compete executar ações e implementar serviços de vigilância sanitária, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, nos termos do inciso III do art. 9º da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.565/1994.

O município de Balneário Camboriú possui atividade de vigilância sanitária desde 1993, conforme as disposições da Lei 1.303/1993, que trata das normas de saúde em vigilância sanitária. Essa lei trata das competências para exercício das funções de vigilância e fiscalização sanitária sobre pessoas e estabelecimentos, incluindo o saneamento (art. 4º e 6º da Lei municipal nº 1.303/1993).

No art. 41 da referida Lei municipal consta como atribuição da Visa a vistoria prévia para instruir processo de concessão de alvará sanitário.

Em entrevista realizada com o responsável pela vigilância sanitária no município (PTE 4 – Apêndice A) constatou-se que a ETE Nova Esperança não

possui alvará sanitário. Foi dito ainda que a Visa municipal não efetuou nenhuma fiscalização na estação.

O alvará sanitário é ato administrativo precário que autoriza o funcionamento ou operação de determinada atividade.

Isto posto, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú obter o alvará sanitário da ETE Nova Esperança, conforme exige a Lei municipal nº 1.303/1993. A obtenção do alvará permitirá o funcionamento regular da ETE.

2.1.4

Achado: Inexistência de macromedidor da vazão de entrada (afluente) e saída (efluente) do esgoto na ETE Nova Esperança.

A medição de vazão¹ em estações de tratamento de água e esgoto é instrumento fundamental de gestão. Toda estação é projetada conforme estimativa de vazão média e todo o sistema é montado e operado considerando este volume. Não conhecer a vazão implica no comprometimento da eficácia do sistema e em prejuízo no tratamento do esgoto.

Uma das formas de medição de vazão em ETEs ocorre por meio da Calha *Parshall*, que é o canal, constituído em um trecho convergente, uma garganta e um trecho divergente. Este canal é executado em concreto ou adquirido pronto em fibra de vidro, cujas dimensões são pré-estabelecidas em função de seu tamanho. O tamanho do medidor é expresso pela dimensão da “garganta” - “w”, em polegadas ou pés. A leitura da vazão instantânea deve ser efetuada em conversor ou medida diretamente a altura do nível de esgotos no ponto determinado na Calha *Parshall* com o auxílio de uma régua graduada em centímetros, verificando a vazão na tabela apropriada. As medidas deverão ser

¹ Vazão de Esgotos: a vazão ou descarga de esgotos expressa a relação de quantidade do esgoto transportado em um período de tempo. Normalmente a vazão é representada pela letra “Q” e é expressa em unidade de volume por unidade de tempo: l/s, m³/h. (Manual de Operação de Estação de Tratamento de Esgoto da Saneago – Anexo A – fls. 415).

tomadas de hora em hora por 24hs em data programada e devem ser anotadas pelo operador em relatório apropriado².

Verificou-se que na ETE Nova Esperança inexiste equipamento para controlar e medir a vazão de entrada (afluente) e saída (efluente) do esgoto da Estação. Esta informação também foi confirmada nas entrevistas com o operador da estação e gestores da Emasa.

A inexistência de macromedição impossibilita o controle do volume de esgoto recebido e tratado de modo a comparar com a capacidade operacional dimensionada em projeto.

Neste sentido, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú instalar macromedidor na entrada e saída do esgoto da ETE Nova Esperança, visando possibilitar o acompanhamento deste volume e o controle da operação da Estação.

2.1.5.

Achado: Funcionamento da ETE Nova Esperança acima da capacidade dimensionada em projeto.

A ETE Nova Esperança foi projetada na década de oitenta para atender população máxima de 80 mil habitantes e vazão média de 140 litros por segundos (l/s)³. O sistema de tratamento da ETE Nova Esperança originalmente construído, denominado de Sistema Australiano⁴, funcionava por meio de 2 (duas) lagoas de estabilização (lagoas anaeróbicas) com 3,7 hectares de área e 3,0 m de profundidade líquida (Figura 3) e 2 (duas) lagoas facultativas (Figura 4), com 14,1 hectares de área e profundidade líquida de 1,75 m.

² Manual de Operação de Estação de Tratamento de Esgoto da Saneago, Anexo A – fls. 415.

³ Relatório “Dimensionamento de Processos da Adequação e Ampliação da Estação de Tratamento de Esgoto EMASA. Elaborado pela HIDRO K Engenharia Ltda, mediante Termo de Contrato nº 48/2007, de 17/07/2007 (Anexo G – fls. 511).

⁴ O Sistema Australiano, ou sistema de lagoas em série, consiste no uso de lagoas fotossintéticas para pós-tratamento de efluentes de lagoas anaeróbicas, visando a remoção de organismos patogênicos presentes no esgoto.

Figura 3 – Drenagem lagoa estabilização.

Foto 1452, de 13/09/2010 - Aspecto das lagoas de estabilização (anaeróbica) da ETE Nova Esperança desativada e em processo de drenagem.

Fonte: TCE/SC.

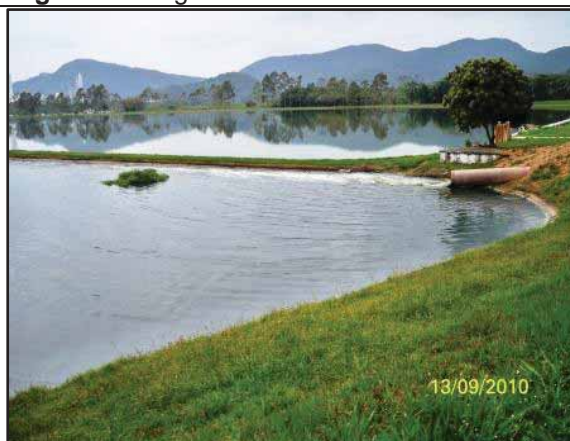
Figura 4 – Lagoa facultativa.

Foto 1455, de 13/09/2010 - Aspecto das lagoas facultativas da ETE Nova Esperança recebendo o esgoto diretamente após o tratamento preliminar.

O tratamento preliminar (retirada dos resíduos sólidos) é constituído de gradeamento (Figura 5) e desarenação (Figura 6). Em seguida o esgoto é lançado nas lagoas de estabilização (anaeróbicas), que fluem para as lagoas facultativas e no final o esgoto tratado é lançado no Rio Camboriú. No entanto, as 2 (duas) lagoas anaeróbicas foram desativadas e todo esgoto, após o tratamento preliminar, é lançado diretamente na lagoa facultativa para em seguida ser despejado no corpo receptor (Rio Camboriú).

Figura 5 –Gradeamento ETE Nova Esperança.

Foto nº 1186 de 27/09/2010 - Aspecto do gradeamento do tratamento preliminar da ETE Nova Esperança.

Figura 6 – Desarenação ETE Nova Esperança.

Foto nº 1202 de 27/09/2010 - Aspecto da desarenação do tratamento preliminar da ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

Conforme a literatura⁵, a eficiência de remoção de demanda bioquímica de oxigênio (DBO)⁶ pelo Sistema Australiano (lagoa anaeróbia e lagoa facultativa) é da ordem de 50% a 60%.

Dados do IBGE do Censo 2010⁷ apontam que a população atual de Balneário Camboriú é de 106.220 pessoas, sendo que 85% tem rede coletora de esgoto a disposição. Com relação à vazão, não há dados concretos, visto que não há medidor de vazão na ETE. No entanto, para estimar a vazão de esgoto, pode-se considerar o consumo médio diário de água de um indivíduo, denominado quota per capita (QPc), que utiliza o conceito de coeficiente de retorno água-esgoto, equivalente a 80%. Ou seja, para cada 100 litros de água consumida são lançados aproximadamente 80 litros de esgoto na rede coletora.

⁵ Disponível em: <<http://www.fec.unicamp.br/~bdta/esgoto/lagoas.html>>. Acesso em: 15 out 2010, e disponível em: <<http://arpambiental.com.br/biotecnologia/limpezadelagoa/testecomrinenbachumidibiolerinenzimhumidibicinanosaaebrotas/index.html>>. Acesso em: 15 out 2010.

⁶ Corresponde a quantidade de oxigênio dissolvido necessária aos microrganismos na estabilização da matéria orgânica em decomposição sob condições aeróbicas. Numa amostra de esgoto, quanto maior a quantidade de matéria orgânica biodegradável maior é a DBO.

⁷ Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados.php?&ue=42>>. Acesso em: 15 out 2010.

Conforme declarações do Diretor da Emasa, a Estação de Tratamento de Água (ETA) de Balneário Camboriú produz 600 litros por segundo, sendo que 80% representam 400 litros por segundo. Considerando que 40% desta água é distribuída ao município de Camboriú e não há 100% de coleta de esgoto, mas 85%, pelo menos 240 litros por segundo é vazão média da ETE Nova Esperança.

A Estação já está em atividade há 24 (vinte e quatro) anos e nunca recebeu melhorias. A população de Balneário cresce em média 3%⁸ ao ano aumentando nesta mesma proporção a quantidade de esgoto gerado. A operação da ETE com vazão de esgoto acima da capacidade projetada pode comprometer a qualidade do tratamento e o despejo do efluente no corpo hídrico em desacordo com a legislação, conforme será visto nas constatações 2.11.

Considerando o que foi abordado, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú ampliar a capacidade de tratamento da ETE Nova Esperança. A adoção desta medida adequará a estação à nova realidade populacional do município e a vazão de esgoto bruto.

2.1.6

Achado: Ausência de ligações do esgoto doméstico à rede coletora da Emasa.

De acordo com a Lei que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei federal nº 11.445/2007), toda edificação permanente urbana será conectada à rede pública de esgotamento sanitário disponível (art. 45). O município de BC legislando sobre o assunto, conforme o *caput* e parágrafo primeiro do art. 2º da Lei municipal nº 3.087/2010, determinou que é obrigação dos proprietários ou responsáveis por toda e qualquer edificação residencial, comercial, industrial e condomínios particulares realizar a ligação dos ramais prediais à rede pública de esgoto pré-existente.

⁸ Dados do IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2010.

Para tanto, em não havendo a ligação, a Emasa deverá tomar as medidas administrativas cabíveis em espécie como forma de garantir a efetividade da Lei municipal nº 3.087/2010, conforme art. 4º, repassando os custos ao usuário (parágrafo único do art. 4º). A mesma lei municipal, nos arts. 8º e 10º, condicionou a concessão do alvará de funcionamento (comercial) ou o habite-se (residencial) somente com a comprovação da ligação à rede pública de esgoto.

Sobre o tema, o Diretor da Emasa informou no Painel de Referência realizado dia 21/09/2010 (Apêndice B), que existem muitas economias que não efetuaram a ligação na rede coletora disponível, permanecendo com o sistema alternativo de fossa e sumidouro em atividade. Comentou que não haverá ações para compelir a ligação na rede, pois a ETE não tem capacidade de tratamento do esgoto e que o sistema alternativo é mais eficiente do que o tratamento na Nova Esperança⁹.

No Painel de Referência para a sociedade, realizado no dia 21/09/2010 (Apêndice B) houve declarações de que apesar da existência de lei que obriga o usuário a ligar o esgoto à rede pública, muitas residências não fizeram a ligação¹⁰.

Na entrevista realizada com o responsável pela Visa municipal (PTE 4 – Apêndice A), foi informado da existência de economias que não estão ligadas na rede coletora, pois possuem sistema alternativo ou ligação na rede pluvial. Declarou que a fiscalização é deficitária, pois não possuem estrutura material e de pessoal suficiente para atuarem preventivamente e de maneira planejada. Agem sempre reativamente a uma denúncia ou requerimento.

Segundo dados disponibilizados pela Emasa, os bairros: Iate Clube, Vila Real, Municípios, Barra, Nova Esperança e São Judas Tadeu não contam com rede coletora de esgoto.

⁹ Conforme Ata do Painel no Apêndice B.

¹⁰ Conforme Ata do Painel no Apêndice B.

Quadro 5 – Número de ligações de água dos bairros sem rede coletora de esgoto.

Localidade	Ligações de água
Iate Clube, Vila Real e Municípios	3.628
Barra, Nova Esperança e São Judas Tadeu	2.835
Total	6.452

Fonte: Cadastro comercial integrado da Emasa.

Os demais bairros, onde há rede coletora de esgoto, nem todas as ligações de água possuem a correspondente ligação, conforme se pode verificar no Quadro 6:

Quadro 6 – Relação de ligações não conectadas da rede coletora de esgoto.

Localidade	Ligações de água	Ligações de esgoto	Diferença
Centro	4011	3832	179
Pioneiros, Praia dos Amores, Centro	825	439	386
Estados, Nações, Aririba	3317	3212	105
Imóveis com consumo acima de 100m ³	1330	1286	44
Imóveis municipais e estaduais	69	1	68
Total	9552	8770	782

Fonte: Cadastro comercial integrado da Emasa.

Constata-se que das 9.552 ligações existentes de água há correspondentes 8.770 ligações de esgoto, restando um déficit de 782 ligações de esgoto não realizadas.

A Emasa (PTE 1 – Apêndice A) reconhece a existência de ligações clandestina, porém, não possui estrutura para fiscalização. Visando diminuir o problema, pretende lançar em breve edital de licitação, nos termos do Termo de Referência (conforme Ofício Emasa nº 627/2010 – Anexo C – fls. 451), para contratação de serviço de atualização cadastral do sistema comercial e identificação das ligações clandestinas e/ou irregulares de Balneário Camboriú.

Para a Emasa uma das causas da não ligação é o fato do valor da multa pelo descumprimento ser menor do que o custo da ligação. Quando se constata um caso deste, a Emasa encaminha ofício informando a Visa municipal. A autarquia entende ainda que caso o usuário não efetue a ligação, esta passa a

ser de sua responsabilidade, conforme determina a Lei municipal nº 3.087/2010. Porém, nenhuma ação foi ainda efetivada.

Desta forma, existem fragilidades na fiscalização das ligações por parte da Emasa e da Visa municipal, tendo como consequência o despejo inadequado de esgoto no meio ambiente.

Isto posto, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú:

- Fiscalizar todas as ligações de esgoto e proceder às ligações de esgoto não realizadas onde há rede coletora disponível, de acordo com o art. 45 da Lei federal nº 11.445/2007 e *caput* e parágrafo primeiro do art. 2º da Lei municipal nº 3.087/2010; e
- Implantar ações para universalizar as ligações à rede coletora de esgoto.

A adoção destas medidas permitirá a adequada destinação do esgoto doméstico em Balneário Camboriú.

2.1.7

Achado: Inexistência do manual de operação da ETE Nova Esperança

O manual de operação de estações de tratamento de esgoto é um instrumento de orientação para os operadores do sistema, onde devem constar os procedimentos diários e as soluções adequadas em casos de ocorrências especiais, permitindo que mesmo na ausência de supervisores ou gerentes do sistema, os empregados saibam o que fazer e como agir para operar a ETE e solucionar problemas.

A empresa fabricante da estação deve apresentar a entidade responsável pela gestão do saneamento o manual de operação da ETE, que permitirá à implantação de um sistema de operação, manutenção e de gestão da indústria de

tratamento de esgoto. Com o manual é possível instalar um modelo de operação, manutenção e gestão da ETE, que permita, através de um processo permanente de autoavaliação, obter os melhores desempenhos operacionais, ambientais, econômicos e sociais da infraestrutura instalada. Destaca-se, como exemplo, o Manual de Operação de ETEs instituído pela Saneago (Anexo A – fls. 415).

O Manual de Operação da ETE Nova Esperança foi solicitado através do Ofício DAE nº 10.300 (fls. 68/70) (de 17/08/2010), no item 10.

A Emasa, em resposta, não encaminhou nenhum documento, conforme Ofício nº 582 (fls. 142), de 31/08/10. Além disso, na entrevista com o operador da estação (PTE 6 – Apêndice A) ele afirmou desconhecer a existência do Manual de Operação da ETE.

A inexistência de Manual de Operação ocasiona a ausência de parâmetros, critérios e procedimentos para operação da ETE.

Neste sentido, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú elaborar, implantar e executar o Manual de Operação da ETE Nova Esperança, visando formular instruções e orientações consultivas a todos os operadores da estação e proporcionar melhorias na operação e desempenho da mesma.

2.1.8

Achado: Inexistência de ações de manutenção preventiva na ETE Nova Esperança.

Um programa ou política de manutenção rotineira deve ser implantado a fim de se evitar falhas e obter um melhor desempenho dos equipamentos, alcançando-se maior vida útil nas máquinas e aparelhos. Esta manutenção tem caráter preventivo, isto é, realizada antes que o equipamento apresente algum defeito.

O item 6.5 do Manual de Operação de ETEs da Empresa Saneamento Goiás S/A (Saneago – Anexo A – fls. 415), cujo título é “Operação e manutenção de elevatórias de esgotos”, cita como exemplos de ações de manutenção preventiva: (a) limpar diariamente o cesto de detritos, retirando-o do poço e conduzindo-o a uma caixa de detritos, lavá-lo, retirando manualmente todos os resíduos nele retidos e dispondo-os na caixa ou no solo; (b) efetuar limpezas do poço de sucção com frequência semestral, ou conforme determinação superior; (c) efetuar limpezas nas caixas de chegada, *by-pass*, etc.; (d) realizar manutenção da área da elevatória, efetuando limpezas na área externa, casa de controle, quadro de comando, jardins, cercas.

Questionado sobre as atividades de manutenção preventiva na ETE Nova Esperança (PTE 6 – Apêndice A), o operador da estação informou que não são realizadas estas atividades. Informou que não haviam equipamentos danificados e que quando são constatados problemas, reporta-se ao seu supervisor informando-o da situação para tomada de providências.

Percorrendo todas as etapas, desde a chegada do esgoto bruto na Estação até o seu lançamento na Lagoa Estabilização/Facultativa, verificou-se que 01 (um) dos raspadores do tanque de desarenação encontrava-se danificado, conforme Figura 7 e Figura 8.

Figura 7 – Raspador do tanque de desarenação.



Foto nº 1201 de 27/09/2010 - Raspador esquerdo do tanque de desarenação em atividade na ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

Figura 8 - Raspador do tanque de desarenação com defeito.



Foto nº 1198 de 27/09/2010 - Raspador direito do tanque de desarenação avariado na ETE Nova Esperança.

Diante das constatações, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú estabelecer no Manual de Operação da ETE Nova Esperança atividades de manutenção preventiva, devendo seu cumprimento ser monitorado pelos responsáveis.

A adoção de práticas de manutenção preventiva servirá como instrumento de gestão, trazendo como benefício à redução de problemas na operação da Estação e no sistema de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú.

2.1.9

Achado: Operador da ETE Nova Esperança não qualificado e sem treinamento.

Toda atividade para ser bem desempenhada deve contar com profissional qualificado para o exercício daquela função. Se não for qualificado, o empregador deve oferecer oportunidades para o profissional melhorar seu desempenho, por meio de cursos e treinamentos.

Com relação aos conhecimentos necessários para o desempenho da função de operador, ressalta-se que no Edital nº 001/2006 (Anexo D – fls. 477), lançado pela Emasa para realização de concurso público, constavam dez vagas para operador de estação, exigindo o seguinte conhecimento específico, dentre outros: (a) dosar produtos químicos: identificar os dosadores em função dos produtos químicos a serem utilizados; (b) operar os diversos dosadores da ETA/ETE; (c) realizar análises físico-químicas e bacteriológicas; (d) manusear equipamentos de reagentes e vidraria; (e) preparar soluções: técnicas de diluição para o preparo de produtos químicos, técnicas de preparo de soluções dos produtos químicos utilizados nas análises de rotina; (f) controlar estoque de produto químico: formas de armazenamento dos produtos químicos, tais como cloro, cal hidratada, sulfato de alumínio, flúor, etc; (g) realizar manutenção da ETA/ETE; (h) ter noções de limpeza e conservação das instalações internas e

externas da ETA/ETE; (i) conhecer equipamentos utilizados em ETA/ETE; (j) realizar controle de vazões: medidores utilizados em ETA/ETE.

Além disso, no Termo de Referência nº 002/2006 (Anexo E – fls. 483), documento acessório ao Contrato de Prestação de Serviços Técnicos de Engenharia para Operação, Manutenção e Melhorias do Sistema de Abastecimento de Água e Coleta de Esgotos (Termo nº 063/2006), entre a Emasa e o Consórcio Saneter Enops, exige, no item 4.2.1 (fls. 493), que compete ao Consórcio “Fornecer mão de obra especializada para efetuar a operação e manutenção da ETE”.

A ETE Nova Esperança é operada pelo Consórcio Saneter Enops, conforme o Termo nº 063/2006, e possui apenas 01 (um) operador (funcionário do Consórcio), que trabalha de segunda a sexta feira, das 08:00h às 12:00h e das 13:30h às 17:30h e aos sábados, das 08:00h às 16:00h. Nos domingos e feriados não há operador da ETE.

Questionado sobre sua qualificação antes da contratação, que ocorreu há 04 (quatro) anos, afirmou que era porteiro e vigilante e que não foi exigida nenhuma qualificação para o exercício da função de operador de estação de tratamento de esgoto. Informou ainda que durante este tempo não recebeu treinamento ou capacitação com relação às atividades que realiza.

As exigências de conhecimento específico para contratação e exercício da função de operador estabelecida pela Emasa, no Edital nº 001/2006 (Anexo D – fls. 477), servem como critérios e parâmetros de exigências para o exercício desta função.

Considerando que a Emasa, após o concurso público, nomeou e empossou 09 (nove) operadores (Anexo F - fls. 509), com exigências de conhecimento específico, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú:

- Utilizar os próprios funcionários na operação da ETE Nova Esperança; e

- Exigir do Consórcio Saneter Enops qualificação e treinamento do (s) operador (es) da ETE Nova Esperança, até resolução da lotação dos operadores concursados.

O atendimento a esta recomendação visa obter melhorias na operação da Estação.

2.1.10

Achado: Ausência de registro das atividades de operação da ETE Nova Esperança.

As boas práticas na operação de estações de tratamento de água e esgoto indicam que realizar anotações diárias das atividades exercidas permite controlar e gerenciar de modo mais profissional o funcionamento dos sistemas. Quando existem, os manuais de operação destas estações exigem que os operadores transcrevam para documentos padronizados ocorrências rotineiras e eventuais (quantidade de dosagem, extravasamentos, medições de vazão, resultado de análises laboratoriais, entre outras).

O registro histórico destas atividades permite que na troca de turno de operadores as ações realizadas não se percam, além de possibilitar aos supervisores avaliar o desempenho do operador e da estação. Permite também proceder adequações e correções necessárias. Este instrumento auxilia na gestão da atividade e na tomada de decisão para adequações necessárias visando à melhoria do desempenho do sistema.

O Manual de Operação de ETEs da Saneago (Anexo A – fls. 415), por exemplo, menciona a obrigação do operador “relatar no Livro de Ocorrências toda e qualquer anomalia do processo de tratamento, procedimentos de rotina, interrupções do sistema, extravazamentos, etc”.

A entrevista com o operador da ETE Nova Esperança (PTE 6 – Apêndice A), que é funcionário do Consórcio Saneter Enops (Anexo E – fls. 483), revelou

que não existem documentos, relatórios ou planilhas a serem preenchidas no exercício de sua função.

A ausência de documento para registro das ocorrências na operação da ETE Nova Esperança resulta na inexistência de dados históricos, impossibilitando controle mais específico sobre as atividades realizadas e conhecimento das ocorrências.

Tendo em vista as observações apontadas, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú estabelecer no Manual de Operação da ETE Nova Esperança modelo de Diário (Boletim ou outro) de Operação de ETE e a obrigação de registro das ocorrências diárias de operação, visando elaborar dados históricos que auxiliem na gestão do sistema de tratamento esgoto sanitários de Balneário Camboriú.

2.1.11

Achado: Ineficiência no tratamento do esgoto da ETE Nova Esperança.

A eficiência do tratamento de esgoto realizado por qualquer sistema é aferido pela redução ou eliminação da carga orgânica nele presente. As leis federais e estaduais não estabeleceram parâmetros tendo como foco o esgoto tratado, mas com relação à natureza e classificação do corpo hídrico receptor. Ou seja, o efluente resultante do processo de tratamento deve conter as características (parâmetros) permitidas para lançamento e disposição final naquele tipo específico de corpo receptor, que varia conforme as classes do corpo hídrico.

Compete aos órgãos ambientais a determinação e a fiscalização dos parâmetros e limites de emissão de efluentes, normalmente estabelecidos na licença de operação. A principal legislação sobre o tema no nível federal é a Resolução Conama nº 357/2005, que trouxe conceitos de corpo receptor, vazão de referência, classifica as águas pelo uso preponderante em 13 (treze) classes

de qualidade, estabelece limites individuais máximos de cada parâmetro em cada classe e estabelece condições e padrões de lançamentos de efluentes.

O art. 24 da Resolução estabelece que os efluentes somente poderão ser lançados, direta ou indiretamente, nos corpos de água, após o devido tratamento e desde que obedeçam às condições, padrões e exigências da Resolução. Destaca-se que o § 1º do art. 34 alerta que o efluente não deverá causar ou possuir potencial para causar efeitos tóxicos aos organismos aquáticos no corpo receptor.

O art. 19 da Lei estadual nº 14.250/1981 e o art. 177 da Lei estadual nº 14.675/2008 (Código Ambiental) também vedam o lançamento de efluentes em corpos de água que não obedeçam aos padrões estabelecidos. Além disso, estabelecem padrões mínimos de lançamento do efluente no corpo hídrico receptor.

No Quadro 7 elenca-se o valor máximo permitido para cada parâmetro na legislação para fins de lançamento em corpo hídrico:

Quadro 7 – Análise comparativa dos parâmetros para lançamento de efluente.

Parâmetro	Legislação (VMP)		
	Resolução Conama nº 357/2005	Decreto estadual nº 14.250/1981	Lei estadual nº 14.675/2008
DBO	-	Até 60 mg/L ou redução de 80%	Até 60 mg/L ou redução de 80%
DQO	-	-	-
Nitrogênio total	-	Até 10 mg/L	-
Nitrogênio amoniacal total	Até 20 mg/L	-	-
Nitrato	-	-	-
Sulfetos	Até 1 mg/L	Até 1 mg/L	-
Surfactantes aniônicos (detergentes)	-	Até 2 mg/L	Até 2 mg/L
Fósforo total	-	Até 1 mg/L	Até 4 mg/L (ou 75% remoção)
Sólido sedimentável	Até 1 ml/L	Até 1 ml/L	
OD (oxigênio dissolvido)	-	-	-

Parâmetro	Legislação (VMP)		
	Resolução Conama nº 357/2005	Decreto estadual nº 14.250/1981	Lei estadual nº 14.675/2008
Coliformes totais	-	-	-
Coliformes fecais	-	-	-
pH	5 a 9	6 a 9	6 a 9
Óleos e graxas totais (mineral, vegetal e animal)	Até 50 mg/L	-	-
Temperatura ambiente	-	-	-
Temperatura amostra	< 40°C	< 40°C	-

VMP: Valor Máximo Permitido.

Fonte: TCE/SC.

Visando constatar a eficiência e qualidade do tratamento do esgoto da ETE Nova Esperança, foi contratada a empresa Freitag Análises Ambientais e Alimentos Ltda, por meio do Contrato nº 21/2010 (fls. 75-78). O objeto foi a coleta de amostras e análises laboratoriais, entre 13 de setembro e 22 de novembro de 2010, totalizando 40 (quarenta) análises do afluente (20) e efluente (20), com os 15 parâmetros especificados no Quadro 7.

Dos 15 parâmetros solicitados para análise do efluente, constatou-se que 05 (cinco) estavam fora do padrão estipulado em lei, sendo eles Demanda Bioquímica de Oxigênio, fósforo, nitrogênio amoniacal, óleos e graxas e sólidos sedimentáveis¹¹.

Quadro 8 – Resultado médio das análises do efluente lançado no corpo hídrico Preencher e considerar o padrão mais restritivo.

Parâmetro	Resultado Médio	Atendimento padrão	Redução média entrada e saída
DBO	131,07 mg/L	não	51%
DQO*	277,85 mg/L	-	49%
Nitrogênio total	40,26 mg/L	não	-
Nitrogênio amoniacal total	29,93 mg/L	não	28%
Nitrato*	0,77 mg/L	-	45%
Sulfetos	0,12 mg/L	sim	56%

¹¹ A tabulação dos resultados das análises realizadas pela Freitag na ETE Nova Esperança encontram-se no Apêndice E e os Laudos no Anexo I – fls. 524 e ss.

Parâmetro	Resultado Médio	Atendimento padrão	Redução média entrada e saída
Surfactantes aniônicos	0,08 mg/L	sim	50%
Fósforo total	10,08 mg/L	não	51%
Sólido sedimentável	0,55 ml/L	sim	86%
OD (oxigênio dissolvido)*	3,38 mg/L	-	-
Coliformes totais*	-	-	-
Coliformes fecais*	-	-	-
pH	7,84	sim	-
Óleos e graxas totais	23,82 mg/L	sim	-

* Não há definição legal do Valor Máximo Permitido (VMP).

Fonte: Resultado das análises do laboratório contratado pelo TCE/SC.

O resultado das análises do laboratório Freitag indica que os parâmetros DBO, Nitrogênio Total, Nitrogênio Amoniacal Total e Fósforo Total:

Com relação à DBO o VMP é 60 mg/L ou redução de 80% (Lei estadual nº 14.675/2008) enquanto a ETE Nova Esperança apresentou DBO média de 131,07 mg/L e redução de 51%.

Com relação ao Nitrogênio Total a VMP é até 10 mg/L (Decreto estadual nº 14.250/1981) e o tratamento da ETE indicou resultado médio de 40,26 mg/L.

No que tange ao Nitrogênio Amoniacal Total o VMP é até 20 mg/L (Resolução Conama nº 357/2005) e os resultados apontaram o dado médio de 29,93 mg/L. Também com relação ao Fósforo Total o VMP é até 4 mg/L ou remoção de 75% (Lei estadual nº 14.675/2008) e foi obtido o valor médio de 10,08 mg/L e redução máxima de 51%.

As possíveis causas das falhas no tratamento de esgoto na ETE Nova Esperança podem estar relacionadas com o exaurimento da capacidade de tratamento principalmente ocasionada pela desativação das lagoas de estabilização, tornando incompleto o sistema Australiano de tratamento.

Considerando o averiguado, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú adequar o tratamento do efluente para atendimento ao

padrão de lançamento, conforme art. 24 da Resolução Conama nº 357/2005, art. 19 do Decreto estadual nº 14.250/1981 e art. 177 da Lei estadual nº 14.675/2008.

O atendimento aos padrões de lançamento do esgoto tratado pela ETE Nova Esperança resultará em melhoria da qualidade do corpo hídrico receptor e consequentemente na preservação do meio ambiente local.

2.1.12

Achado: Destinação inadequada do lodo retirado das lagoas de estabilização (anaeróbicas) da ETE Nova Esperança.

A Lei federal nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, expressamente vedou, conforme inciso II do art. 47, a destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos *in natura* e a céu aberto em locais não autorizados. Por sua vez, o Código Ambiental catarinense (Lei estadual nº 14.675/2008) no art. 244 reza que a disposição de resíduo de qualquer natureza no solo somente poderá ocorrer mediante autorização do órgão ambiental, restando vedado a simples descarga ou depósito, em propriedade pública ou particular.

O lodo resultante do tratamento de esgoto é um resíduo rico em matéria orgânica e organismos patogênicos, gerado em toda e qualquer estação de tratamento. Biossólido é o nome dado a este lodo¹².

O Sistema Australiano adotado na ETE Nova Esperança, conforme visto, comporta lagoas de estabilização (anaeróbicas) e facultativas (aeróbicas). O afluente (esgoto bruto) permanece por um determinado tempo (entre cinco a vinte dias) percorrendo as lagoas e, devido a natural decantação das partículas em suspensão, gera o lodo que sedimenta no fundo.

¹² Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/residuos/artigos/lodo_de_esgoto.html>. Acesso em: 15 out 2010.

Dependendo da vazão e da área das lagoas, a camada de lodo cresce lentamente. A literatura indica que a remoção de lodo deve ocorrer em períodos da ordem de 20 (vinte) anos¹³.

A ETE Nova Esperança foi operada pela Casan por 19 anos e há 5 anos pela Emasa. O lodo das lagoas nunca foi retirado e a Emasa ficou com o passivo ambiental.

O lodo de esgoto representa uma fonte potencial de riscos à saúde pública e ao ambiente, podendo potencializar a proliferação de vetores de moléstias e organismos nocivos. Para disciplinar o assunto, o Conama editou a Resolução nº 375/2006 definindo critérios e procedimentos para uso agrícola de lodo gerado em ETE.

A realização do Painel de Referência com as entidades auditadas, no dia 21/09/2010 (Apêndice B), revelou que a Emasa estava com dificuldades em destinar adequadamente o lodo das lagoas de estabilização, em virtude da necessidade de desativação destas para construção do novo sistema de tratamento da ETE Nova Esperança. Declarações do Diretor Geral¹⁴ da autarquia informam que o volume estimado de lodo era de 300.000 m³ e que haviam dúvidas para onde destinar o resíduo. Mencionou ainda que estavam jogando o lodo dragado no próprio terreno da ETE, por ser menos oneroso.

Durante a inspeção física na ETE Nova Esperança, realizada em 27/09/2010, se flagrou o despejo inapropriado do lodo dragado da lagoa de estabilização (anaeróbica), conforme as Figuras 9 e 10. Constatou-se que o lodo retirado da lagoa estava sendo jogado no terreno da própria ETE, sem nenhum tipo de tratamento, podendo gerar danos ambientais (Figuras 11 e 12). Também não havia licença ambiental autorizando o despejo, tudo em desacordo com as legislações especificadas neste achado.

¹³ Disponível em: <http://www.saneamento.poli.ufrj.br/cete/main_cete_descricao.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

¹⁴ Conforme Ata do Painel de Referência (Apêndice B).

Figura 9 – Dragagem da lagoa de estabilização. **Figura 10** – Dragagem na lagoa de estabilização.



Foto nº 1239 de 27/09/2010 - Aspecto da lagoa de estabilização que estava sendo dragada na ETE Nova Esperança.



Foto nº 1241 de 27/09/2010 - Aspecto da draga em operação na lagoa de estabilização da ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC

Figura 11 – Lançamento resíduo lagoa estabilização.



Foto nº 1222 de 27/09/2010 - Tubos aduzindo o lodo dragado da lagoa de estabilização da ETE Nova Esperança.

Figura 12 - Lançamento resíduo lagoa estabilização.



Foto nº 1235 de 27/09/2010 - Lançamento de lodo sem tratamento dragado da lagoa de estabilização da ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

Ressalta-se que por meio da Informação nº 031/2010 (Apêndice F) o Diretor Geral de Controle Externo foi comunicado deste fato. Este encaminhou a Informação ao Ministério Público Estadual.

Considerando o que foi apresentado, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú dar destinação adequada ao lodo retirado (dragado) das lagoas de estabilização e facultativas da ETE Nova Esperança, em obediência do

inciso II do art. 47 da Lei federal nº 12.305/2010, art. 244 da Lei estadual nº 14.675/2008 e Resolução Conama nº 375/2006.

A destinação adequada do lodo das lagoas de estabilização e facultativas possibilitará a gestão correta dos recursos ambientais.

2.1.13

Achado: Despejo do material grosseiro e areia no terreno da ETE Nova Esperança.

Conforme já relatado, todo o resíduo gerado pelo processo de produção deve ter adequada destinação, vedando-se o lançamento em local não autorizado (conforme inciso II do art. 47 da Lei federal nº 12.305/2010 e art. 244 da Lei estadual nº 14.675/2008).

Observando os procedimentos e práticas adotados na operação da ETE Nova Esperança, a equipe técnica constatou na inspeção que dois rejeitos gerados no tratamento de esgoto (material grosseiro e areia) são depositados no próprio terreno da Estação.

Conforme se observa na Figura 13, o gradeamento (que consiste na primeira etapa do tratamento) retira do esgoto bruto todo material grosseiro (Figura 14).

Figura 13 – Gradeamento.



Foto nº 1182 de 27/09/2010 - Gradeamento na ETE Nova Esperança.

Figura 14 – Gradeamento.



Foto nº 1181 de 27/09/2010 - Gradeamento na ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

Em seguida, é retirada do processo toda a areia, conforme demonstram as Figuras 15, 16 e 17.

Figura 15 – Tanque de desarenação da ETE Nova Esperança.



Foto nº 1188 de 27/09/2010 - Tanque de desarenação da ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

Figura 16 – Rosca tanque de desarenação.

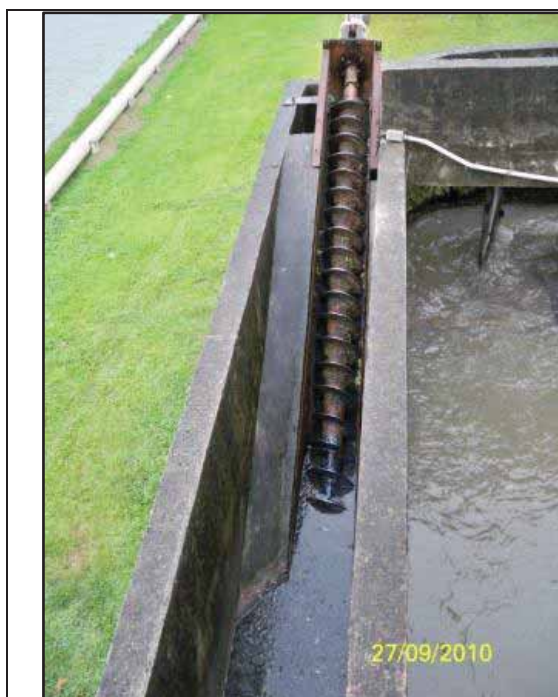


Foto nº 1198 de 27/09/2010 - Rosca que retira a areia do tanque de desarenação.

Fonte: TCE/SC.

Figura 17 – Saída areia tanque desarenação.



Foto nº 1210 de 27/09/2010 - Local onde a areia cai antes de ser retirada.

Conforme a Figura 17¹⁵, a areia, após ser retirada do tanque de desarenação, é removida pelo operador da ETE e depositada cerca de 30 mts do local onde foi retirada. O mesmo procedimento acontece com o material grosseiro, que após ser retirado do gradeamento, é lançado por meio de tubo para o chão (conforme Figura 18¹⁶) e depositado no mesmo local da areia, conforme as Figuras 19 e 20.

Figura 18 – Lançamento material grosseiro ETE Nova Esperança.



Fonte: TCE/SC.

¹⁵ Neste local deveria haver uma caçamba estacionária para receber a areia e depois de cheia remetida para aterro sanitário.

¹⁶ Neste local deveria haver uma caçamba estacionária para receber o material grosseiro e depois de cheia remetida para aterro sanitário.

Figura 19 – Depósito areia.

Foto nº 1214 de 27/09/2010 - Local do depósito do material grosseiro e areia no pátio da ETE Nova Esperança.

Figura 20 – Depósito material grosseiro.

Foto nº 1212 de 27/09/2010 - Material grosseiro e areia depositado no pátio da ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

As imagens demonstram que o rejeito não é levado para outro local, permanecendo no pátio da Estação.

A consequência é o risco de poluição ambiental, pois o rejeito não passou por nenhum processo de tratamento para sua destinação final.

Diante das constatações, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú:

- destinar adequadamente os resíduos sólidos resultantes do processo de tratamento do esgoto da ETE Nova Esperança; e
- providenciar as caçambas estacionárias para que os resíduos sólidos (material grosseiro e areia) sejam destinados a aterro sanitário, inclusive os depositados no terreno da ETE Nova Esperança, em consonância com o inciso II do art. 47 da Lei federal nº 12.305/2010 e art. 244 da Lei estadual nº 14.675/2008.

A correta destinação deste resíduo evitará a poluição ambiental e o atendimento das normas.

2.1.14

Achado: Vulnerabilidade do isolamento e segurança da ETE Nova Esperança.

Considerando a periculosidade e riscos que a ETE Nova Esperança representa, tendo em vista equipamentos que oferecem perigo, esgoto circulando constantemente em galerias, existência de grandes lagoas e armazenagem e utilização de produtos químicos (hipoclorito de sódio - NaClO), o isolamento desta área, por meio de identificação com placas de alerta e controle de entrada de pessoas, são fundamentais para a segurança da operacionalização do sistema e da comunidade que habita em seu entorno.

Questionado sobre a ocorrência de acidentes e invasão de pessoas não autorizadas, o operador da ETE Nova Esperança (PTE 6 – Apêndice A) informou que nos 04 (quatro) anos que trabalha no local, não teve conhecimento da ocorrência de acidentes. No entanto, informou que já viu pessoas não autorizadas transitando dentro da área da Estação.

A Emasa informou que, por meio do Termo de Contrato nº 009/2010 (Anexo B – fls. 447), contratou a empresa Catarinense de Segurança e Vigilância Ltda (Casvig) para execução de atividades de segurança ostensiva e eletrônica. Na Cláusula Nona consta que um dos locais onde o serviço deverá ser prestado é na ETE Nova Esperança, por meio de vigilância ostensiva.

Na observação direta não se encontrou nenhum vigilante de plantão na Estação. Além disso, constatou-se a facilidade de acesso ao seu interior, com a existência de dois portões (Figura 21 e Figura 22), sem identificação, cancela ou guarita de vigilância para controle da entrada de pessoas. Também não há placas com alertas proibindo a entrada nem cercas de isolamento.

Figura 21 – Entrada principal ETE Nova Esperança.

Foto nº 1280 de 29/09/2010 - Aspecto da entrada principal da ETE Nova Esperança, demonstrando a inexistência de guarita e controle de entrada de pessoas.

Figura 22 – Entrada secundária ETE Nova Esperança.

Foto nº 1260 de 29/09/2010 - Aspecto da entrada secundária da ETE Nova Esperança, demonstrando os portões avariados e a inexistência de placas de advertência.

Fonte: TCE/SC.

O Tribunal também constatou a existência de um depósito de entulhos no terreno da ETE Nova Esperança, fragilizando ainda mais o isolamento e segurança da Estação, conforme se observa nas Figuras 23 e 24.

Figura 23 – Depósito entulho.

Foto nº 1276 de 29/09/2010 - Aspecto do depósito de entulho no terreno da ETE Nova Esperança.

Figura 24 – Depósito entulho.

Foto nº 1277 de 29/09/2010 - Aspecto do depósito de entulho no terreno da ETE Nova Esperança.

Fonte: TCE/SC.

Percebe-se que nesta enorme área são depositados entulhos, restos de construção, galhos de árvores, madeiras em desuso e lixo domiciliar, provavelmente decorrentes de limpeza urbana. Percebe-se que esta área se

tornou um lixão, onde são depositados resíduos sólidos e com um trator o lixo é soterrado.

A inexistência de cercas de proteção, placas de alerta e portões para acesso controlado na ETE Nova Esperança, pode resultar na entrada de pessoas não autorizadas, expondo-as a risco de acidentes, ainda, a entrada de caminhões com entulhos e lixo.

Diante da vulnerabilidade apontada, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú instalar equipamentos para isolar a ETE Nova Esperança, instalar placas com avisos de segurança, controlar a entrada de pessoas, caminhões (ou outros veículos) com entulhos e lixo.

A adoção destas medidas permitirá melhorar a segurança do local.

2.1.15

Achado: Constância de resultados impróprio de balneabilidade no Pontal Norte da Praia Central de Balneário Camboriú.

Balneabilidade é a capacidade que um local tem de possibilitar o banho e atividades esportivas em suas águas, considerada como um padrão de qualidade das águas destinadas a recreação de contato primário (direto).

A balneabilidade é determinada a partir da quantidade de bactérias do grupo coliformes presentes na água. A medição é realizada mediante análises laboratoriais que quantificam os coliformes totais e fecais (*Escherichia coli* e/ou *Enterococos*).

Os parâmetros para avaliação de balneabilidade são fornecidos pela Resolução Conama nº 274/2000. Conforme o art. 2º, “as águas doces, salobras e salinas destinadas à balneabilidade (recreação de contato primário) terão sua condição avaliada nas categorias própria e imprópria”. O § 4º do art. 2º da Resolução define que as águas são consideradas impróprias quando o valor

obtido na última amostragem for superior a 2.500 coliformes fecais (termotolerantes) ou 2.000 *Escherichia coli* ou 400 enterococos por 100 mililitros, entre outras situações.

No §5º do art. 2º há recomendação para realização de pesquisa de organismos patogênicos nas praias ou balneários sistematicamente impróprios. Não há definição do que seja “sistematicamente impróprios”.

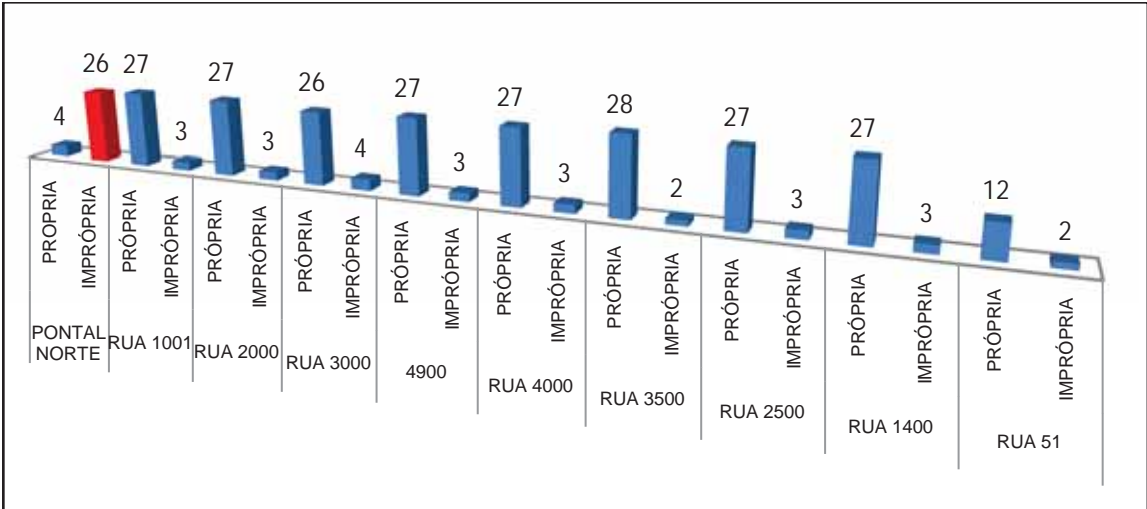
A pesquisa de balneabilidade no Estado é realizada pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina (Fatma), que coleta amostras em 180 pontos dos 500 quilômetros do litoral. As coletas são feitas mensalmente, de março a novembro, e semanalmente, de dezembro a fevereiro, pico da temporada de verão.

No critério da Fatma, para um ponto de alguma praia ser classificado como impróprio é necessário que em 60% dos últimos 05 (cinco) resultados o volume de *Escherichia coli* seja superior a 800 NMP (número mais provável) por 100 mililitros de água. As coletas são realizadas a 01 (um) metro de profundidade, na quantidade de 250 mililitros. O material coletado é submetido a exames bacteriológicos durante 24 (vinte e quatro) horas.

Em Balneário Camboriú a Fatma coleta amostras em 10 (dez) pontos distintos da Praia Central. Para efeito da análise da balneabilidade em questão, foram consideradas 30 (trinta) relatórios de balneabilidade¹⁷ divulgadas pela Fatma entre dezembro de 2009 a setembro de 2010, conforme Gráfico 1:

¹⁷ Relatórios de Balneabilidade nºs: 02 (11/12/2009), 04 (23/12/2009), 06 (15/01/2010), 08 (29/01/2010), 10 (12/02/2010), 11 (20/02/2010), 12 (26/02/2010), 15 (19/03/2010), 16 (26/03/2010), 17 (31/03/2010), 18 (09/04/2010), 19 (16/04/2010), 20 (23/04/2010), 21 (30/04/2010), 22 (07/05/2010), 23 (14/05/2010), 24 (21/05/2010), 27 (11/06/2010), 28 (18/06/2010), 29 (25/06/2010), 30 (02/07/2010), 31 (09/07/2010), 32 (16/07/2010), 33 (23/07/2010), 34 (30/07/2010), 35 (06/08/2010), 36 (13/08/2010), 37 (20/08/2010), 38 (28/08/2010), 39 (03/09/2010), 40 (10/09/2010). Disponível em: <<http://www.fatma.sc.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2010.

Gráfico 1 - Resultado de Balneabilidade da Praia Central de Balneário Camboriú.



Fonte: Fatma

Constata-se que no ponto denominado “Pontal Norte” (Figura 25) de um total de 30 (trinta) resultados, 26 (vinte e seis) foram classificados como impróprios. Esta situação demonstra que neste local há constância de balneabilidade imprópria. O Canal do Marambaia (Figura 26 e 27)¹⁸ deságua nesta parte da Praia.

Figura 25 – Pontal Norte da Praia Central de Balneário Camboriú.



Foto de 13/09/2010 - “Pontal Norte” da Praia Central de Balneário Camboriú indicando a classificação de balneabilidade imprópria estabelecida pela Fatma.

Fonte: TCE/SC.

¹⁸ O quadro com a tabulação dos resultados de todos os Relatórios de Balneabilidade dos pontos da Praia Central de BC encontra-se no Apêndice C.

Figura 26 – Canal do Marambaia.

Foto nº 1250 de 28/09/2010 - Canal do Marambaia em Balneário Camboriú.

Figura 27 – Canal do Marambaia.

Foto nº 1252 de 28/09/2010 - Canal do Marambaia desaguando no Pontal Norte da Praia Central de Balneário Camboriú.

Fonte: TCE/SC.

O Canal do Marambaia era um rio que foi canalizado e tem início na parte central de Balneário. Recebe ligações da rede pluvial e, pelo estado de deteriorização de suas águas, possivelmente também de esgoto doméstico e comercial. Desde 2007, por determinação judicial, a Fatma realizou análises mensais da água do Canal do Marambaia. Conforme Quadro 9, os resultados obtidos nos anos de 2007 a 2010 da quantidade de *Escherichia coli* (coliformes fecais) nas suas águas são:

Quadro 9 – Quantidade de *E. coli* no Canal do Marambaia.

Data	Hora	<i>Escherichia coli</i>	Data	Hora	<i>Escherichia coli</i>
15/02/2007	09:00	1.700.000	13/01/2009	08:05	17.000.000
03/04/2007	12:05	1.700.000	10/02/2009	08:05	90.000.000
03/05/2007	09:25	900.000	10/03/2009	08:10	2.000.000
05/06/2007	12:34	160.000	14/04/2009	08:10	2.000.000
04/07/2007	10:04	700.000	28/05/2009	07:50	40.000
01/08/2007	10:02	160.000	17/06/2009	08:20	280.000
05/09/2007	09:24	1.700.000	16/07/2009	08:20	1.400.000
03/10/2007	09:45	3.300.000	19/08/2009	08:00	90.000
12/12/2007	09:42	1.700.000	16/09/2009	08:00	26.000
16/01/2008	10:25	16.000.000.000	14/10/2009	08:34	170.000
26/03/2008	09:40	350.000	12/11/2009	09:45	300.000

Data	Hora	Escherichia coli	Data	Hora	Escherichia coli
14/04/2008	07:30	70.000	11/12/2009	08:55	800.000
20/05/2008	07:55	700.000	14/01/2010	08:10	900.000
24/06/2008	08:05	130.000.000	11/02/2010	09:05	17.000.000
15/07/2008	08:05	130.000.000	11/03/2010	08:25	600.000
19/08/2008	08:15	1.100.000	28/04/2010	09:25	70.000
16/09/2008	08:05	170.000	13/05/2010	08:55	1.100.000
14/10/2008	09:25	500.000	10/06/2010	09:55	140.000
13/11/2008	11:37	800.000	08/07/2010	08:30	170.000
11/12/2008	07:52	400.000	11/08/2010	09:32	1.100.000

Fonte: Resultados da análise de colimetria realizados pela Fatma no Ponto 1 (em frente ao posto telefônico) no Canal do Marambaia. A tabulação dos resultados das análises realizadas pela Fatma encontram-se no Apêndice D.

As médias de quantidade de E. coli no Canal do Marambaia de cada ano e a média geral constam no Quadro 10:

Quadro 10 – Média geométrica anual de E. Coli no Canal do Marambaia.

Ano	2007	2008	2009	2010	Geral
Média da quantidade de E. Coli	599.901	2.934.105	504.505	607.313	1.161.456

Fonte: Resultados da análise de colimetria realizados pela Fatma no Ponto 1 (em frente ao posto telefônico) no Canal do Marambaia.

Apenas a título ilustrativo, nos rios de água doce classificados em Classe 2, o valor máximo permitido para coliformes termotolerantes, nos demais usos que não sejam recreação e contato primário é de 1.000 por 100 mililitros em 80% ou mais de pelo menos 6 (seis) amostras coletadas durante o período de 01 (um) ano, com frequência bimestral¹⁹. Com relação aos rios Classe 3 esse limite é de 4.000 por 100 mililitros²⁰.

Verifica-se que das 40 (quarenta) análises realizadas pela Fatma, de fevereiro de 2007 a agosto de 2010, no Canal do Marambaia, nenhuma estava dentro deste padrão.

¹⁹ Conforme o inciso II do art. 15 da Resolução Conama nº 357/2005.

²⁰ Conforme letra g do inciso I do art. 16 da Resolução Conama nº 357/2005.

Questionado sobre a possível existência de ligações de esgoto clandestinas no Canal do Marambaia, o responsável pela Visa municipal declarou que é possível o despejo de esgoto doméstico em natura no Canal, tendo em vista a existência de ocupações não autorizadas no morro próximo a Rua Palestina. Nestes locais invadidos a Visa não faz fiscalizações, pois a Comissão Urbana de Contenção da Ocupação Irregular e Degradação Ambiental (Cuida) da prefeitura realiza atividades de monitoramento e controle destas áreas.

Ressalta-se que, conforme informações da Emasa, em todos os bairros percorridos pelo Canal do Marambaia existem 100% de rede coletora de esgoto, denotando a possibilidade de despejo de esgoto clandestino, não apenas das ocupações irregulares, mas também das regulares. Outra possibilidade é a existência de economias não ligadas à rede, o que reforça a necessidade de fiscalização de todas as ligações.

Tendo em vista a constância de resultados impróprios neste local alerta-se para possíveis riscos à saúde pública. Os efeitos da descarga de esgoto não tratado no mar incluem²¹: (a) a destruição de habitat, danos à biodiversidade e possível eutrofização, que pode levar às florações de algas, incluindo algas nocivas; (b) risco a saúde humana, incluindo infecção pelo banho de mar e pelo consumo de frutos do mar contaminados; e (c) impactos negativos em atividades econômicas, como pesca e turismo.

Isto posto, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú:

- Realizar pesquisa de organismos no Pontal Norte da Praia Central, nos termos do § 5º do art. 2º da Resolução Conama nº 274/2000; e
- Implantar ações de fiscalização de economias não ligadas a rede de esgoto e regularizar as ligações clandestinas de esgoto na bacia do Canal do Marambaia.

²¹ WAGNER, Andresa; BELLOTO, Valéria R. Estações de Tratamento de Esgoto Sanitário: Análise Econômica de Alternativas para Municípios Litorâneos – Estudo de Caso - Balneário Camboriú e Itajaí (SC), Brasil. In: **Revista da Gestão Costeira Integrada** 8(1):93-108. 2008.

O atendimento a esta **recomendação** resultará em melhor qualidade da balneabilidade do Pontal Norte da Praia Central de Balneário Camboriú, além de diversos benefícios ao município, seus habitantes e turistas que anualmente frequentam a cidade, pois haverá menos risco a saúde e mais qualidade de vida.

2.2. PLANEJAMENTO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

2.2.1

Achado: Inexistência de Política Municipal de Saneamento Básico.

A política municipal de saneamento básico deve promover a integração com as políticas de desenvolvimento social, habitação, transporte, recursos hídricos, educação e outras e apontar como os serviços serão regulados e fiscalizados. Ainda, prever como os direitos e deveres dos usuários devem ser fixados e como a sociedade exercerá o seu direito ao controle social.

A Lei federal nº 11.445/2007 estabelece as diretrizes para a Política de Saneamento Básico, que deve ser norteada pela universalização do acesso, pela integralidade e prestação dos serviços de forma adequada à saúde pública, à proteção do meio ambiente e às condições locais.

A obrigatoriedade de formulação da política pública de saneamento pelo titular do serviço está prevista nos arts. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e 23 do Decreto federal nº 7.217/2010.

Foi solicitada à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú a Lei que instituiu a Política Municipal de Saneamento Básico, no item 15 da solicitação de documentos, conforme Ofício DAE nº 10.300 (fls. 68-70), de 17/08/2010.

A Emasa informou que a Política Municipal de Saneamento Básico será um dos produtos que serão gerados quando da elaboração do Plano Municipal de Saneamento, conforme Ofício nº 582 (fls. 144), de 31/08/2010.

Também foi realizada entrevista com o Prefeito Municipal (PTE 2 – Apêndice A) que afirmou conforme segue: “A Política Municipal de Saneamento Urbano deverá ser elaborada concomitantemente com o Plano de Saneamento e deverá levar em consideração o Plano de Bacias e o Plano Diretor, entre outros instrumentos. O prazo para elaboração sugerido pelo Gabinete foi dezembro de 2010, no entanto, deve-se aguardar o diagnóstico a ser apresentado pelo Comitê Executivo ao Comitê de Coordenação para verificar a viabilidade e a deliberação da data”.

Com relação ao Plano de Saneamento e o Comitê de Coordenação, a Emasa informou que “o plano de saneamento de Balneário Camboriú está sendo elaborado com base nas diretrizes editadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades e na regulamentação da Lei Federal n. 11.445/07, de modo a atender aos requisitos desta lei e contribuir para a constituição participativa da política municipal de saneamento. Para o desenvolvimento dos trabalhos foram instituídos, por meio do Decreto n. 5816/2010, dois comitês: o Comitê de Coordenação e o Comitê Executivo” (fls. 144).

A inexistência de política municipal de saneamento básico resulta na ausência de normas e diretrizes para o desenvolvimento do saneamento básico municipal visando o alcance da universalização.

Tendo em vista esta situação, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú a instituição de política municipal de saneamento básico, em adequação ao disposto no art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e art. 23 do Decreto Federal nº 7.217/2010.

A implementação de lei municipal de saneamento básico que considere as demais leis e instrumentos legais do município e que estabelece diretrizes, instrumentos de fiscalização e regulação, com a participação da sociedade, irá direcionar o desenvolvimento e universalização dos serviços de saneamento básico e proporcionar sua sustentabilidade.

2.2.2

Achado: Inexistência do Plano Municipal de Saneamento Básico.

Segundo o Ministério das Cidades, o plano de saneamento básico é o instrumento onde são definidas as prioridades de investimentos, os objetivos e metas de forma a orientar a atuação dos prestadores de serviços. O titular do serviço é o responsável por sua elaboração, que deve contar com a participação social.

O inciso I do art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e inciso I do art. 23 do Decreto federal nº 7.217/2010 estabelecem que o titular do serviço de saneamento deve formular o plano de saneamento básico.

Foi solicitado o plano municipal de saneamento básico do município de Balneário Camboriú, no item 16 da solicitação de documentos (Ofício DAE nº 10.300/2010, de 17/08/2010 – fls. 68-70).

A Emasa encaminhou justificativa e documentos (Ofício nº 582/2010, de 31/08/10 – fls. 145), onde consta: “... estes itens referem-se a produtos que serão gerados quando da elaboração do Plano Municipal de Saneamento”. Complementa a Emasa que “o plano de saneamento de Balneário Camboriú está sendo elaborado com base nas diretrizes editadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades e na regulamentação da Lei Federal n. 11.445/07, de modo a atender aos requisitos desta lei e contribuir para a constituição participativa da política municipal de saneamento. Para o desenvolvimento dos trabalhos foram instituídos, por meio do Decreto n. 5816/2010, dois comitês: o Comitê de Coordenação e o Comitê Executivo”.

A inexistência do plano de saneamento básico compromete o direcionamento do desenvolvimento do sistema de esgotamento sanitário em Balneário Camboriú.

Desta forma, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú que elabore, aprove e implante o Plano Municipal de Saneamento Básico, conforme o inciso I do art. 9º da Lei federal nº 11.445/07 e inciso I do art. 23 do Decreto federal nº 7.217/10.

A existência do plano possibilitará a execução das ações de modo planejado, prevendo as metas e investimentos e direcionando o desenvolvimento do sistema de esgotamento sanitário de BC em busca da universalização.

2.2.3

Achado: Inexistência de objetivos, metas e indicadores de desempenho para universalização do serviço de esgotamento sanitário.

A prestação dos serviços de esgotamento sanitário está relacionada com diversos fatores do desenvolvimento de um município, como o acompanhamento do plano diretor, estratégias de turismo e marketing, adequação a legislação sanitária, ambiental entre outras. Para tanto, se faz necessário determinar o que se pretende alcançar e de que modo, conhecendo-se a situação atual e a desejada em termos de saneamento, com vistas à universalização. Estes aspectos fazem parte do plano de saneamento, onde devem ser definidos os objetivos, metas e indicadores de desempenho do saneamento básico, em especial aqui destacado o serviço de esgotamento sanitário.

O inciso II do art. 19 da Lei federal nº 11.445/2007, assevera que a prestação de serviço de saneamento observará objetivos e metas de curto, médio e longo prazo para universalização. O inciso III do § 1º do art. 29, da mesma lei, ressalta o cumprimento das metas e objetivos do serviço definidos previamente. O inciso II do art. 25 do Decreto federal nº 7.217/2010 também define que o plano de saneamento básico abrangerá metas de curto, médio e longo prazo.

Foram solicitados os objetivos, metas e indicadores de desempenho do sistema de esgotamento sanitário do município de Balneário Camboriú, no item

17 da solicitação de documentos, conforme Ofício DAE nº 10.300 (fls. 68-70), de 17/08/2010.

A Emasa encaminhou justificativa e documentos, conforme Ofício nº 582 (fls. 144), de 31/08/10, onde consta: “.. estes itens referem-se a produtos que serão gerados quando da elaboração do Plano Municipal de Saneamento”, e que “o plano de saneamento de Balneário Camboriú está sendo elaborado com base nas diretrizes editadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades e na regulamentação da Lei Federal n. 11.445/07, de modo a atender aos requisitos desta lei e contribuir para a constituição participativa da política municipal de saneamento. Para o desenvolvimento dos trabalhos foram instituídos, por meio do Decreto municipal nº 5.816/2010, dois comitês: o Comitê de Coordenação e o Comitê Executivo”.

A ausência de definição dos objetivos, metas e indicadores de desempenho do sistema de esgotamento sanitário do município compromete o direcionamento do desenvolvimento do sistema e o alcance da universalização dos serviços.

Ressalta-se que a Emasa pode adotar os indicadores operacionais para o serviço de esgotamento sanitário indicados pelo Ministério das Cidades e constantes do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (Snis) disponíveis em www.snis.gov.br.

Diante dos fatos elencados, **determina-se** a Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú estabelecer e implementar objetivos, metas e indicadores de desempenho do serviço de esgotamento sanitário, conforme inciso II do art. 19, inciso III do § 1º do art. 29 da Lei federal nº 11.445/2007 e inciso II do art. 25 do Decreto federal nº 7.217/2010.

A implementação desta determinação permitirá que no futuro o sistema de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú seja avaliado, considerando os objetivos, metas e indicadores estabelecidos.

2.2.4

Achado: Inexistência de regulação do serviço de esgotamento sanitário.

A Lei federal nº 11.445/2007, nos termos dos artigos 8º e 9º, dispõe que o titular do serviço de saneamento, neste caso o município de BC, deve definir o ente responsável pela sua regulação, fiscalização e os procedimentos para sua atuação. O órgão de regulação pode ser uma entidade do próprio município ou este pode delegá-la a outra entidade reguladora já existente, conforme prevê o § 1º do art. 21 da citada Lei federal.

O Decreto federal nº 7.217/2010, que regulamentou a Lei federal nº 11.445/2007, definiu no art. 31, que a delegação poderá ser por convênio de cooperação a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou por meio de consórcio público do qual participe, instituído para gestão associada de serviços públicos.

No exercício de suas atribuições, a entidade reguladora está investida de poder normativo, de outorga, de fiscalização, sancionatório, de conciliação e de recomendação. Tem como propósito regular e normatizar o serviço de esgotamento sanitário, bem como zelar pela qualidade da prestação, ocupando posição politicamente neutra e equidistante para promoção do equilíbrio entre o titular, os consumidores e o prestador do serviço.

Foi solicitado o ato delegatório da regulação dos serviços de saneamento básico do município de Balneário Camboriú, através do Ofício DAE nº 10.300, de 17/08/2010, item 18.

A Emasa encaminhou justificativa e documentos, conforme Ofício nº 582 (fls. 144), de 31/08/10, onde consta: “O plano de saneamento de Balneário Camboriú está sendo elaborado com base nas diretrizes editadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades e na regulamentação da Lei Federal n. 11.445/07, de modo a atender aos requisitos

desta lei e contribuir para a constituição participativa da política municipal de saneamento. Para o desenvolvimento dos trabalhos foi instituído, por meio do Decreto municipal nº 5.816/2010, dois comitês: o Comitê de Coordenação e o Comitê Executivo”.

Com relação à regulação, complementou a autarquia municipal dizendo que “... estes itens referem-se a produtos que serão gerados quando da elaboração do Plano Municipal de Saneamento”.

Informações prestadas pelo prefeito de BC (PTE 2 – Apêndice A) indicam que: (a) o município recebeu, em 04/05/2010, ofício proposta da Agência Reguladora dos Servidos de Saneamento do Estado de Santa Catarina (Agesan) e da Agência de Regulação Intermunicipal de Saneamento (Aris); (b) que as propostas foram encaminhadas à Emasa para análise técnica e posicionamento da autarquia; (c) que a Emasa está em fase de estudos dos impactos financeiros de ambas as alternativas de regulação; e (d) que os estudos serão discutidos pelo Comitê de Coordenação do Plano de Saneamento e pelo Conselho Administrativo da Emasa para deliberação.

Conclui-se que não há regulação dos serviços de esgotamento sanitário em BC.

Neste sentido, **determina-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú criar ou delegar a regulação dos serviços de esgotamento sanitário, de acordo com o art. 8º e inciso II do art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010.

A atuação da agência reguladora trará para o município condições de direcionar seus planos e metas de saneamento básico, acompanhar sua realização, instituir políticas de correções tarifárias, fiscalizar os serviços executados pela prestadora, exercendo e possibilitando, além do controle público, o controle social.

2.3. CONTROLE SOCIAL

2.3.1

Achado: Inexistência de Conselho Municipal de Saneamento.

O controle social é a participação da sociedade civil na elaboração, acompanhamento e verificação (ou monitoramento) das ações de gestão pública. Constitui uma relação de cogestão com o poder público.

No que se refere a saneamento básico, a Lei federal nº 11.445/2007 considera o controle social um dos princípios fundamentais. Além disso, é condição de validade dos contratos de prestação de serviços públicos a existência de mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços.

O Conselho Municipal de Saneamento é uma instância colegiada que surge da necessidade de democratização dos processos decisórios na discussão e definição dos critérios para eleição de prioridades e distribuição dos recursos. Afirma a subordinação das ações de saneamento básico ao interesse público, de forma a cumprir sua função social²².

O titular do serviço formulará a política de saneamento devendo estabelecer mecanismos de controle social, conforme inciso V do art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007. Estes mecanismos correspondem à participação em órgãos colegiados de caráter consultivo, assegurada a representação dos titulares do serviço, de órgãos governamentais, dos usuários, de entidades técnicas, de organizações da sociedade civil e defesa do consumidor, conforme art. 47 da Lei federal nº 11.445/2007.

O processo de elaboração e revisão dos planos municipais de saneamento básico deverá passar por análise e parecer do Conselho de Saneamento Básico,

²² Disponível em: http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A095.pdf. Acesso em: 15 out 2010.

de modo que o Conselho deve ser criado previamente à elaboração do Plano Municipal de Saneamento (art. 51 da Lei federal nº 11.445/2007).

A Lei de criação e o Regimento Interno do Conselho Municipal de Saneamento foram solicitados à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú, através do ofício DAE nº 10.300/2010 (fls. 68-70). Em resposta efetuada por meio do Ofício nº 582/2010, de 31/10/2010 (fls. 144), a Prefeitura informa a sua inexistência.

Dito isto, **determina-se** a Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú criar o Conselho Municipal de Saneamento Básico, conforme inciso X do art. 2º, inciso IV do art. 3º, inciso V do art. 9º, inciso V do § 2º do art. 11 e art. 47 da Lei federal nº 11.445/2007.

2.3.2

Achado: Não publicação dos resultados das análises do tratamento do esgoto da ETE Nova Esperança.

Na gestão do saneamento, a participação ativa do cidadão no controle social pressupõe a transparência das ações, com a existência de espaços públicos de articulação e o máximo de divulgação de informações.

A publicação dos resultados das análises realizadas do afluente e efluente do sistema da ETE Nova Esperança, nos meios e canais de comunicação, como a fatura encaminhada aos consumidores, sítio eletrônico da Emasa ou qualquer outro meio de divulgação, possibilitam o acompanhamento pela sociedade, entidades fiscalizadoras e usuários do desempenho do sistema de tratamento de esgoto de BC, possibilitando o controle social.

Questionada sobre a publicação e disponibilização destes resultados para a sociedade (PTE 1 – Apêndice A), a Gerente de Expansão da Emasa informou que os resultados das análises do tratamento de esgoto não eram publicados. Em

análise no sítio eletrônico da autarquia municipal constatou-se apenas a publicação dos resultados da análise da qualidade da água e não do esgoto.

Tendo em vista esta situação, **recomenda-se** à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú publicar mensalmente os resultados de todos os parâmetros das análises do esgoto bruto e tratado na ETE Nova Esperança, visando gerar informações e proporcionar o controle social na gestão do saneamento em BC.

ANÁLISE DOS COMENTÁRIOS DO GESTOR

Foi oportunizada a Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú/Emasa a apresentação de comentários sobre os resultados da auditoria expressados na Matriz de Achados, através do Ofício TCE/DAE Nº 17.280/2010, de 24 de novembro de 2010.

Comentários da PMBC/Emasa

A **Emasa**, por meio do Ofício nº 834/2010, protocolado neste Tribunal sob o nº 21084, de 06/12/2010, teceu os seguintes comentários sobre as constatações da auditoria, conforme segue:

1.1. “Situação Encontrada: Inexistência de Licença Ambiental de Operação da ETE Nova Esperança. Está em execução a Nova Estação de Tratamento de Esgoto da cidade de Balneário Camboriú. Dois decantadores já se encontram concretados, com casa de operação, casa de cloração e tanque de contato já em fase final de acabamento. Foi requerido em 31/10/2007, junto ao órgão ambiental, a Licença Ambiental Prévia da nova estação. Posteriormente, em 13/03/2008 foi encaminhado o EAS juntamente com a documentação necessária para obtenção das licenças. No entanto, não se obteve resposta aos requerimentos. Na data de 31/05/2010, foi novamente protocolado pedido de resposta à FATMA para que a EMASA obtivesse a LAP e a LAI. Estes pedidos ainda não foram respondidos pela FATMA. Os esforços serão redobrados para que no menor prazo tenhamos ambas as licenças, e na sequência a nossa Licença de Operação.

1.2. Inexistência de Outorga de direito de uso do Rio Camboriú para disposição de esgoto tratado da ETE Nova Esperança. A EMASA deu início ao processo de outorga de direito de uso do Rio Camboriú para disposição de esgoto tratado, junto à Secretaria do Desenvolvimento Sustentável – SDS, mas até o momento o Estado não está outorgando lançamento de efluentes. Segundo as informações fornecidas pela SDS, isso se dá pela necessidade de definição de critérios técnicos que possibilitem a outorga desse tipo de uso. Ficaremos em contato para providenciar a outorga no menor prazo possível.

1.3. Inexistência de alvará sanitário da ETE Nova Esperança. Segundo informações fornecidas pelo Departamento de Vigilância Sanitária até 01/01/2010 a competência para expedição de alvará era da esfera Estadual, o que ocasionou o atraso nos encaminhamentos, uma vez que o “modus operandi” estava sendo alterado. A Emasa já requereu o alvará, junto a Vigilância Sanitária e aguarda os documentos necessários serem aprovados pela FATMA para encaminhá-los. O prazo de regularização é de estarmos com o alvará sanitário ao mesmo tempo da conclusão da nova ETE.

1.4. Inexistência de macromedidor de vazão de entrada (afluente) e saída (efluente) do esgoto da ETE Nova Esperança. O projeto da Nova ETE engloba também toda reforma e novos equipamentos do tratamento preliminar, onde está inserido o macro medidor. Esta reforma modificará todos os equipamentos que atualmente estão sucateados pelo grande tempo de uso, inclusive com todas as medições de vazão de entrada e saída, mesmo porque o controle do lodo ativado com aeração prolongada exige o conhecimento preciso destas vazões.

1.5. Funcionamento da ETE Nova Esperança acima da capacidade dimensionada. Este problema crônico somente será resolvido com a execução da nova Estação, os investimentos da EMASA estão todos focados na solução deste problema. Na nova ETE será buscada eficiência de 95% na retirada de DBO. A previsão de conclusão da nova ETE é para o final do ano de 2.011.

1.6. Ausência de ligações à rede disponível. A EMASA está licitando todo cadastramento dos usuários do sistema, tanto na parte de água, quanto na parte de esgoto. Junto faremos a inclusão da micro drenagem e da macro drenagem. Este levantamento englobará todas as ligações, levantando casa a casa as ligações de esgoto nas caixas de inspeção e prováveis ligações de esgoto em água pluvial. O prazo de execução destes serviços será de aproximadamente 01 ano.

1.7. Inexistência de Manual de Operação da ETE. A nova ETE terá seu Manual de Operação. Já consta como item obrigatório e pedido no Termo de Referência da compra do Sistema de Aeração. O prazo para esta implementação é o mesmo prazo da inauguração da nova ETE.

1.8. Inexistência de ações de manutenção preventiva na ETE Nova Esperança. No Termo de Referência para a compra do Sistema de Aeração, está sendo pedido o Manual de Manutenção Preventiva. Na ETE que está em funcionamento, não foi feito o Manual de Prevenção porque a estação antiga está sendo desmanchada, com eliminação de lagoas anaeróbias para execução do tanque de aeração.

1.9. Operador da ETE não qualificado e sem treinamento. A EMASA estará concluindo a nova ETE no final do ano de 2.011, quando serão utilizados os operadores concursados. Todos os operadores passarão por treinamento ministrado pela vencedora da licitação do sistema de aeração. Inclusive com acompanhamento de 06 meses de operação por parte do vencedor da licitação.

1.10. Ausência de registros das atividades de operação da ETE. A ETE atualmente é constituída de 02 lagoas anaeróbias e 02 lagoas facultativas, que assoreadas perderam a capacidade de tratamento dos afluentes. Os registros existentes consistem de dados sobre qualidade do afluente e efluente. O prazo para solução deste problema é o mesmo prazo da finalização da nova ETE.

1.11. Ineficiência no tratamento do esgoto da ETE. A melhoria da qualidade do efluente será conseguida com a inauguração da nova ETE, de lodo ativado com aeração prolongada, com nitrificação e desnitrificação no mesmo tanque. O prazo para finalização desta obra é para o final de 2.011.

1.12. Destinação inadequada do lodo retirado das lagoas. Este problema é um dos maiores que existem atualmente na estação de tratamento. Durante os últimos 25 anos foi sendo acumulado lodo da estação em torno do terreno da EMASA – antiga CASAN – este lodo encontra-se depositado nas lagoas anaeróbias, nas lagoas facultativas e em lagoas de decantação criadas para receber a limpeza eventual destas lagoas. Na lagoa anaeróbia número 02, que está sendo modificada para Tanque de Aeração, foi dragada a quantia aproximada de 30 mil metros cúbicos de lodo, que sem destinação final foi transportado para duas pequenas lagoas de decantação e o restante para a lagoa anaeróbia numero 01. A EMASA ainda não tem o quantitativo deste lodo, mas o passivo ambiental terá que ser resolvido em algum momento. Estudos

estão sendo realizados pela EMASA para verificar o uso de Bags, no qual seria depositado o lodo da lagoa número 02, e depois de sedimentado, usado para adubo em silvicultura e adubo de jardinagem. As lagoas facultativas teriam nesta alternativa o depósito do lodo dentro da anaeróbia 02, também em Bags. Os custos de transporte serão minimizados nesta alternativa, já que o lodo estará com seu volume reduzido em até 90%. A EMASA não tem atualmente os quantitativos de preço deste serviço, e tampouco verba orçamentária.

1.13. Despejo do material grosseiro e areia no terreno da ETE. *Com a construção da nova ETE o material grosseiro será encaminhado para aterro sanitário, devidamente homologado pelos órgãos ambientais. Atualmente o material retirado é de pequena monta, e esta sendo depositado em forma de aterro dentro do próprio terreno da EMASA.*

1.14. Vulnerabilidade do isolamento e segurança da ETE. *A EMASA atualmente está obras na ETE Nova Esperança executando aterros, decantadores, tanque de contato, dragagem de lagoa anaeróbia, com grande movimentação de pessoas, a vigilância diurna está sendo feita pelos empreiteiros destas obras. A vigilância noturna está a cargo da empresa CASVIG. Quanto ao projeto de fechamento com cercas, iluminação, paisagismo e liberação da área das lagoas facultativas para a cidade está em andamento. O projeto de paisagismo está a cargo do setor de Paisagismo da cidade de Balneário Camboriú. O prazo para execução é o mesmo da finalização da nova ETE.*

1.15. Constância de resultados impróprio de balneabilidade no Pontal Norte da Praia Central de Balneário Camboriú. *A EMASA está com licitação em andamento para verificar “in loco” todas as ligações de esgoto da cidade. Este recadastramento inclui toda água tratada, esgoto, água pluvial, com georreferenciamento e lançamento no cadastro de todas as ligações. O prazo para este recadastramento é de 18 meses contados a partir da contratação da empresa.*

2.1 Inexistência de Política Municipal de Saneamento Básico. *Atentando-se aos recentes pressupostos da Lei 11.445/07 e de seu decreto regulamentador, os trabalhos para elaboração da Política Municipal de Saneamento já estão sendo desenvolvidos concomitantemente com o desenvolvimento do Plano Municipal de Saneamento. Para o desenvolvimento dos trabalhos foram instituídos, por meio do Decreto Municipal n. 5.816/2010, dois comitês: o Comitê de Coordenação e o Comitê Executivo. O primeiro de caráter deliberativo e o segundo de caráter técnico.*

2.2 Inexistência de Plano de Municipal de Saneamento Básico. O Plano de Saneamento de Balneário Camboriú está sendo elaborado com base nas diretrizes editadas pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades e das referidas legislações, de modo a contribuir para o Controle Social e para constituição participativa da Política Municipal de Saneamento. Os trabalhos estão em andamento e atendendo ao cronograma. As etapas compreendem: I Coordenação e Participação (Controle Social); II Diagnóstico da Situação do Saneamento Básico; III Prognósticos e Alternativas para a Universalização; IV Programas, Projetos e Ações; V Ações para Emergência e Contingências; VI Mecanismos e Procedimentos para a Avaliação e Controle. A etapa II que trata do Diagnóstico inicial está delineada e será discutida junto à comunidade para sua conclusão. Na última reunião realizada em 18/10/2010, o Comitê de Coordenação definiu o início das audiências públicas. A partir desta definição o Comitê Executivo deu início aos trabalhos de elaboração da metodologia participativa a ser desenvolvida nas audiências públicas. O início das audiências está agendado para o mês de março/2011.

2.3 Inexistência de Objetivo, metas e indicadores de desempenho para o serviço de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú. Os objetivos existentes estão descritos e ou inseridos nos instrumentos de planejamento (PPA/ LDO/ LOA). Não obstante, serão definidos de forma mais analítica no Plano Municipal de Saneamento.

2.4 Inexistência de agência reguladora para regulação do serviço de esgotamento sanitário de Balneário Camboriú. De acordo o Decreto n. 7.217.10 da Lei Federal n. 11.445/07 o prazo máximo para aplicação os serviços de regulação de saneamento está fixado para 2014. No entanto, o município de Balneário Camboriú já se comprometeu, por meio de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) oriundo do Inquérito Civil n. 06.2006.000202 do MP/SC, em atender ao dispositivo em prazo inferior ao previsto em lei. Atualmente existem três pospostas emitidas por Agências Reguladoras que estão em análise pela equipe técnica da EMASA.

3.1 Inexistência de Conselho Municipal de Saneamento Básico. O Comitê Executivo do Plano de Saneamento tem como sugestão instituir o Conselho Municipal de Saneamento durante a elaboração do Plano e a Política.

3.2 Não publicados os resultados das análises do afluentes e efluente tratados na ETE Nova Esperança. As análises de qualidade da água já são

publicadas. Buscando atender a recomendação do TCE/SC e visando ampliar os mecanismos de controle social, passaremos a publicar os parâmetros das análises do esgoto bruto e tratado”.

Análise dos comentários da PMBC e Emasa

Da análise dos comentários dos gestores conclui-se que a maioria das constatações que resultaram nas determinações e recomendações da auditoria era de conhecimento e já estão sendo implementadas, reforçando a importância e o reconhecimento do trabalho deste Tribunal. Destaca-se que grande parte das constatações serão resolvidas com a inauguração da nova Estação de Tratamento Nova Esperança, prevista para o final de 2011.

No entanto, ressalta-se que o município de Balneário Camboriú terá grandes deficiências com relação a gestão do esgoto sanitário, visto que as situações apontadas na auditoria perdurarão por no mínimo mais 1 (um) ano.

Em razão da manifestação dos gestores não trazer dados novos, suficientes para modificar as constatações da auditoria, estas permanecem inalteradas.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Diretoria de Atividades Especiais sugere ao Exmo. Sr. Relator:

3.1. Conhecer do Relatório de Auditoria Operacional realizada na Empresa Municipal de Água e Saneamento de Balneário Camboriú - EMASA, referente aos exercícios de 2009 e 2010.

3.2. Conceder à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú o prazo de 30 dias, a contar da data da publicação desta Deliberação no Diário Oficial Eletrônico - DOTC-e, com fulcro no art. 5º da Instrução Normativa nº TC-03, de 06 de

dezembro de 2004, para que apresente a este Tribunal de Contas, Plano de Ação estabelecendo prazos para a adoção de providências visando à regularização das restrições apontadas, relativamente às seguintes determinações e recomendações:

3.2.1. Determinações:

3.2.1.1. obter a licença ambiental de operação da ETE Nova Esperança, conforme art. 22 do Decreto federal nº 7.217/2010, art. 1º da Resolução Conama nº 237/97, alínea “d” do inciso II do art. 3º da Resolução Conama nº 05/1988, inciso VIII do art. 6º da Lei estadual nº 13.517/2005 e arts. 1º e 6º da Resolução Consema nº 001/2006 (item 2.1.1 deste Relatório);

3.2.1.2. obter a outorga de direito de uso do Rio Camboriú para disposição de efluente no corpo hídrico, conforme exige o inciso III do art. 12 da Lei federal nº 9.433/1997, parágrafo único do art. 4º da Lei federal nº 11.445/2007 e inciso I do art. 1º da Lei estadual nº 9.748/1994 (item 2.1.2 deste Relatório);

3.2.1.3. obter o alvará sanitário da ETE Nova Esperança, conforme exige a Lei municipal nº 1.303/1993 (item 2.1.3 deste Relatório);

3.2.1.4. utilizar os próprios funcionários na operação da ETE Nova Esperança (item 2.1.9 deste Relatório);

3.2.1.5. exigir do Consórcio Saneter Enops qualificação e treinamento do (s) operador (es) da ETE Nova Esperança, até a resolução da lotação dos operadores concursados (item 2.1.9 deste Relatório);

3.2.1.6. adequar o tratamento do efluente para atendimento ao padrão de lançamento, conforme art. 24 da Resolução Conama nº 357/2005, art. 19 do Decreto estadual nº 14.250,1981 e art. 177 da Lei estadual nº 14.675/2008 (item 2.1.11 deste Relatório);

3.2.1.7. dar destinação adequada ao lodo retirado (dragado) das lagoas de estabilização e facultativas da ETE Nova Esperança, em obediência do inciso II do art. 47 da Lei federal nº 12.305/2010, art. 244 da Lei estadual nº 14.675/2008 e Resolução Conama nº 375/2006 (item 2.1.12 deste Relatório);

3.2.1.8. destinar adequadamente os resíduos sólidos resultantes do processo de tratamento do esgoto da ETE Nova Esperança, em consonância com o inciso II do art. 47 da Lei federal nº 12.305/2010 e art. 244 da Lei estadual nº 14.675/2008 (item 2.1.13 deste Relatório);

3.2.1.9. providenciar as caçambas estacionárias para que os resíduos sólidos (material grosseiro e areia) sejam destinados a aterro sanitário, inclusive os depositados no terreno da ETE Nova Esperança, em consonância com o inciso II do art. 47 da Lei federal nº 12.305/2010 e art. 244 da Lei estadual nº 14.675/2008 (item 2.1.13 deste Relatório);

3.2.1.10. instituir a política municipal de saneamento básico, em adequação ao disposto no art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e art. 23 do Decreto Federal nº 7.217/2010 (item 2.2.1 deste Relatório);

3.2.1.11. elaborar, aprovar e implantar o Plano Municipal de Saneamento Básico, conforme o inciso I do art. 9º da Lei federal nº 11.445/07 e inciso I do art. 23 do Decreto federal nº 7.217/10 (item 2.2.2 deste Relatório);

3.2.1.12. estabelecer e implementar objetivos, metas e indicadores de desempenho do serviço de esgotamento sanitário, conforme inciso II do art. 19, inciso III do § 1º do art. 29 da Lei federal nº 11.445/2007 e inciso II do art. 25 do Decreto federal nº 7.217/2010 (item 2.2.3 deste Relatório);

3.2.1.13. criar ou delegar a regulação dos serviços de esgotamento sanitário, de acordo com o art. 8º e inciso II do art. 9º da Lei federal nº 11.445/2007 e art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010 (item 2.2.4 deste Relatório);

3.2.1.14. criar o Conselho Municipal de Saneamento Básico, conforme inciso X do art. 2º, inciso IV do art. 3º, inciso V do art. 9º, inciso V do § 2º do art. 11 e art. 47 da Lei federal nº 11.445/2007 (item 2.3.1 deste Relatório);

3.2.2. Recomendações:

3.2.2.1. instalar macromedidor na entrada e saída do esgoto da ETE Nova Esperança (item 2.1.4 deste Relatório);

3.2.2.2. ampliar a capacidade de tratamento de ETE Nova Esperança (item 2.1.5 deste Relatório);

3.2.2.3. fiscalizar todas as ligações de esgoto e proceder às ligações de esgoto não realizadas onde há rede coletora disponível, de acordo com o art. 45 da Lei federal nº 11.445/2007 e caput e parágrafo primeiro do art. 2º da Lei municipal nº 3.087/2010 (item 2.1.6 deste Relatório);

3.2.2.4. implantar ações para universalizar as ligações à rede coletora de esgoto (item 2.1.6 deste Relatório);

3.2.2.5. elaborar, implantar e executar o Manual de Operação da ETE Nova Esperança; citar recomendações (item 2.1.7 deste Relatório);

3.2.2.6. estabelecer no Manual de Operação da ETE Nova Esperança atividades de manutenção preventiva, devendo seu cumprimento ser monitorado pelos responsáveis (item 2.1.8 deste Relatório);

3.2.2.7. estabelecer no Manual de Operação da ETE Nova Esperança modelo de Diário (Boletim ou outro) de Operação de ETE e a obrigação de registro das ocorrências diárias de operação (item 2.1.10 deste Relatório);

3.2.2.8. instalar equipamentos para isolar a ETE Nova Esperança, instalar placas com avisos de segurança, controlar a entrada de pessoas, caminhões (ou outros veículos) com entulhos e lixo (item 2.1.14 deste Relatório);

3.2.2.9. realizar pesquisa de organismos patogênicos no Pontal Norte da Praia Central, nos termos do § 5º do art. 2º da Resolução Conama nº 274/2000 (item 2.1.15 deste Relatório);

3.2.2.10. implantar ações de fiscalização de economias não ligadas a rede de esgoto e regularizar as ligações clandestinas de esgoto na bacia do Canal do Marambaia (item 2.1.15 deste Relatório);

3.2.2.11. publicar mensalmente os resultados de todos os parâmetros das análises do esgoto bruto e tratado na ETE Nova Esperança (item 2.3.2 deste Relatório).

3.3. Determinar à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú que indique grupo ou pessoa de contato com o TCE para atuar como canal de comunicação na fase de monitoramento, que deverá contar com a participação de representantes das áreas envolvidas na implementação das determinações e recomendações.

3.4. Dar ciência da Decisão, ao(à) Câmara Municipal de Balneário Camboriú, ao(à) Fundação do Meio Ambiente - Fatma, ao(à) Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável, ao Sr. Edson Renato Dias, à Empresa Municipal de Água e Saneamento de Balneário Camboriú - EMASA, ao(à) Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do Ministério Público de Santa Catarina, ao Ministério Público Estadual, ao(à) Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Município de Itajaí e à Secretaria de Estado da Saúde - Ses.

É o Relatório.

Diretoria de Atividades Especiais, em 14 de dezembro de 2010.

Adriane Mara Linsmeyer Nunes
Machado
Auditor Fiscal de Controle Externo

Azor El Achkar
Auditor Fiscal de Controle Externo

Leonir Santini
Auditor Fiscal de Controle Externo

De Acordo

Celio Maciel Machado
Coordenador

Encaminhem-se os Autos à elevada consideração do Exmo. Sr. Relator,
ouvindo preliminarmente o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Kliwer Schmitt
Diretor